

**VALTER PAULO FUCK**

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO:  
uma abordagem garantista**

**FLORIANÓPOLIS  
2001**

**VALTER PAULO FUCK**

Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, sob a orientação do professor doutor Edmundo Lima de Arruda Júnior.

**FLORIANÓPOLIS**  
2001

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO – TURMA ESPECIAL UNOESC CHAPECÓ**

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO:**  
**uma abordagem garantista**

**VALTER PAULO FUCK**



**Dr. Edmundo Lima de Arruda Júnior**  
**Professor Orientador**



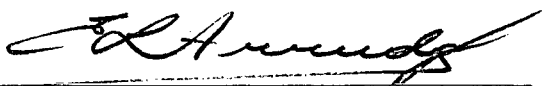
**Prof. Dr. Christian Guy Caubet**  
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

**FLORIANÓPOLIS**  
**2001**

VALTER PAULO FUCK

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO:  
uma abordagem garantista**

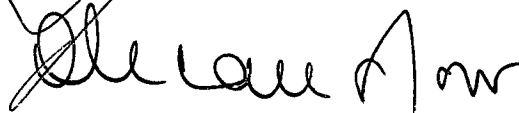
*Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de  
MESTRE EM DIREITO no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal  
de Santa Catarina com a seguinte Banca Examinadora:*



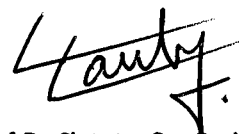
Dr. EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JÚNIOR



Dr. LUIZ OTÁVIO PIMENTEL



Msc. ALEXANDRE LUIZ RAMOS



Prof. Dr. Christian Guy Gaubet  
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2001

Dedico:

Ao Criador

A minha amada Joece

Aos meus filhos Rafael e Guilherme.

O individualismo nasceu como uma justa reação contra a prepotência do Estado e proclamou a defesa dos direitos do homem contra a tirania do poder real ou feudal. Mas, por ocasião do advento da grande indústria, o individualismo não previu que o homem, libertado do poder onipotente do Estado, cairia sob a prepotência de seu próprio semelhante, convertido em empresa industrial de grande potência econômica. A aplicação cega do individualismo gerou na ordem jurídica a mesma situação de preponderância e domínio que tinha combatido na ordem pública. É contra esta deformação do campo jurídico contratual, em que atuam as partes, que a lei intervém para proteger, ou melhor, libertar ao mais débil, da função expansiva do mais poderoso.

(Tissembaum – 1938)

## RESUMO

Esta dissertação busca verificar se a proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, por iniciativa do empregador, constitui uma norma de garantia efetiva. O trabalho representa para o empregado sua única fonte de subsistência e, desta forma, constitui um pressuposto elementar para uma existência digna, com liberdade e igualdade para todas as pessoas. Constitui-se, portanto, num direito fundamental do ser humano. Este fato é reconhecido pela Constituição Federal, que prevê a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inc. I). O art. 5º, § 1º da Constituição garante a sua aplicabilidade imediata e impõe aos operadores do direito a tarefa de buscar a maximização deste direito fundamental. Não se trata, pois, de norma programática. A eficácia jurídica de uma norma está ligada a sua aplicabilidade, como possibilidade de aplicação jurídica. Até o momento, a eficácia jurídica da proteção do art. 7º, inc. I, restou restrita ao aumento da indenização compensatória do FGTS, à enunciação das garantias no emprego à gestante e ao cipeiro e demais casos de garantia no emprego (estabilidades provisórias) previstos em nossa legislação. Uma norma é efetiva quando é de fato observada pelos seus destinatários e pelos órgãos responsáveis pela sua aplicação. A realidade fática tem mostrado que a regra é a terminação da relação de emprego sem a apresentação de uma justificação, de uma causa, ante a aceitação de que não há necessidade de motivação objetiva do ato de dispensa. Para a efetividade deste direito há necessidade de se modificar a interpretação desta norma trabalhista, adotando-se o princípio do progresso social, previsto no caput do art. 7º da Constituição. A regulamentação provisória constante no art. 10, inc. I, do ADCT retira totalmente a eficácia da norma constitucional de proteção da relação de emprego, uma vez que o que reconhece contraria as finalidades do direito fundamental, ou seja, privilegia a possibilidade da terminação da relação de emprego, desde que paga a indenização devida, ao invés de optar pela continuidade da relação de emprego. Além disso, restringe a aplicação da norma a certos casos, quanto a proteção prevista no art. 7º, I, é para todos os trabalhadores. A despedida afeta a vida do trabalhador, produzindo efeitos econômicos, morais, psicológicos e jurídicos. Há necessidade de mudança na visão do trabalho. Este deve ser visto como um direito do ser humano, com um valor social. O trabalho é uma função social. O não reconhecimento da necessidade de proteção maior à relação de emprego conduz à aceitação de um sistema legal em que o sofrimento causado pelo desemprego é minimizado, criando-se uma condescendência absurda, onde a exclusão social pode ser considerada boa e justa, ou pior ainda, aceitável pela maioria que permanece incluída. É a aceitação do processo denominado 'banalização do mal'. A eficácia social da proteção da relação de emprego só poderá ocorrer com a transformação da própria sociedade, com o reconhecimento do valor social do trabalho e sua importância para o seu próprio desenvolvimento harmonioso.

## RESUMÉN

Esta disertación busca verificar si la protección constitucional de la relación de empleo contra el despido arbitrario o sin justa causa, por iniciativa del empleador, constituye una norma de garantía efectiva. El trabajo representa para el empleado su única fuente de subsistencia y, de esta forma, constituye un presupuesto elemental para una existencia digna, con libertad e igualdad para todas las personas. Se constituye por tanto, en un derecho fundamental del ser humano. Este hecho es reconocido por la Constitución Federal, que previene la protección de la relación de empleado contra la despedida arbitraria o sin justa causa (art. 7°, inc. I). El art. 5°, § 1° de la Constitución garante su aplicabilidad inmediata e impone a los operadores del derecho la tarea de buscar maximización de este derecho fundamental. No se trata, pues, de norma programática. La eficacia jurídica de una norma está ligada a su aplicabilidad, como posibilidad de aplicación jurídica. Hasta el momento, la eficacia jurídica de la protección del art. 7°, inc. I, quedó restringida al aumento de la indemnización compensatoria del FGTS, a la enunciación de las garantías en el empleo a la embarazada y al “cipeiro” y demás casos de garantía en el empleo (estabilidades provisórias) previstos en nuestra legislación. Una norma es efectiva cuando es de hecho observada por sus destinatarios y por los órganos responsables por su aplicación. La realidad fatídica ha mostrado que la regla es la terminación de la relación de empleo sin la presentación de una justificación, de una causa, ante la aceptación de que no hay necesidad de motivación objetiva del acto de dispensa. Para la efectividad de este derecho hay necesidad de modificar la interpretación de esta norma laboral, adoptándose al principio del progreso social, previsto en el caput del art. 7° de la Constitución. La regulamentación provisoria constante en el art. 10, inc. I, del ADCT retira totalmente la eficacia de la norma constitucional de protección de la relación de empleo, una vez que el que reconoce contraria las finalidades del derecho fundamental, o sea, privilegia la posibilidad de la terminación de la relación de empleo, desde que pague la indemnización debida, al revés de optar por la continuidad de la relación de empleo. Además de eso, restringe la aplicación de norma a ciertos casos, cuanto la protección prevista en el art. 7°, inc. I, es para todos los trabajadores. La despedida afecta la vida del trabajador, produciendo efectos económicos, morales, psicológicos y jurídicos. Hay necesidad de cambios en la visión del trabajo. Este debe ser visto como un derecho del ser humano, con un valor social. El trabajo es una función social. El no reconocimiento de la necesidad de protección mayor a la relación de empleo conduce a la aceptación de un sistema legal en que el sufrimiento causado por el desempleo es minimizado, criando una condescendencia absurda, donde la exclusión social puede ser considerada buena y justa, o peor todavía, aceptable por la mayoría que permanece incluida. Es la aceptación del proceso denominado ‘banalización del mal’. La eficacia social de la protección de la relación del empleo sólo podrá ocurrir con la transformación de la propia sociedad, con el reconocimiento del valor social del trabajo y su importancia para su próprio desarrollo armonioso.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 1. A RELAÇÃO DE EMPREGO.....	6
1.1 . Teorias sobre a natureza jurídica do vínculo existente entre o empregado e o empregador .....	7
1.1.1 . Teoria contratualista.....	9
1.1.1.1 . Contrato de trabalho <i>versus</i> contrato de arrendamento.....	10
1.1.1.2 . Contrato de trabalho <i>versus</i> contrato de compra e venda.....	12
1.1.1.3 . Contrato de trabalho <i>versus</i> contrato de sociedade.....	13
1.1.1.4 . Contrato de trabalho <i>versus</i> mandato.....	14
1.1.2 . Teoria anticontratualista.....	15
1.1.2.1 . Teoria da relação de trabalho .....	16
1.1.2.2 . Institucionalismo.....	17
1.1.3 . Distinção entre contrato de trabalho e relação de emprego .....	18
1.1.4 . Conceito de relação de emprego.....	21
1.2 . A relação de emprego: sujeitos e elementos .....	23
1.2.1 . O empregado .....	26
1.2.2 . Elementos caracterizadores da relação de emprego .....	27
1.2.2.1 . Pessoaalidade.....	28
1.2.2.2 . Não-eventualidade .....	29
1.2.2.3 . Remuneração .....	31
1.2.2.4 . Dependência (subordinação).....	32
1.2.2.5 . Elementos acidentais.....	34
1.2.3 . Conceito de empregado.....	35
1.2.4 . O empregador .....	36
1.2.4.1 . Conceito de empregador .....	38
1.3 . Da terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador .....	38
1.3.1 . Fundamentos do direito de despedir .....	39
1.3.2 . O poder diretivo.....	40
1.3.3 . O poder disciplinar.....	42
1.3.4 . A questão do direito de resistência ( <i>jus resistendiae</i> ).....	43
1.3.5 . Despedida: direito potestativo do empregador? .....	44
1.3.6 . Espécies de dispensa.....	47
1.3.6.1 . Dispensa sem justa causa .....	48
1.3.6.2 . Dispensa arbitrária .....	49
1.3.7 . Despedida como ato jurídico.....	50
1.3.8 . Teoria da causa e a restrição da validade do ato jurídico.....	54
CAPÍTULO 2. DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	58
2.1 . Considerações iniciais.....	59
2.2 . Evolução histórica .....	60

2.3 . Necessidade de intervenção do Estado .....	66
2.4 . Formas adotadas pela legislação para a proteção da relação de emprego .....	68
2.4.1 . Princípio da continuidade .....	68
2.4.2 . Estabilidade .....	73
2.4.2.1 . Estabilidade pela via negocial .....	76
2.4.3 . Garantias no emprego .....	76
2.4.3.1 . Mandatário sindical .....	78
2.4.3.2 . Representante da CIPA .....	79
2.4.3.3 . Empregada gestante .....	82
2.5 . Outras garantias no emprego .....	83
2.5.1 . Empregado eleito diretor de cooperativa .....	84
2.5.2 . Empregado acidentado .....	85
2.5.3 . Representante dos trabalhadores perante do Conselho Curador do FGTS .....	86
2.5.4 . Representante dos trabalhadores nos Conselhos da Previdência Social .....	86
2.5.5 . Empregado reabilitado e empregado deficiente habilitado .....	87
2.5.6 . Juiz Classista representante dos empregados .....	88
2.5.7 . Representante dos trabalhadores na empresa .....	88
2.5.8 . Empregados investidos em colegiados dos órgãos públicos .....	88
2.5.9 . Aprendiz .....	89
2.5.10 . Serviço militar ou outro encargo público .....	89
2.5.11 . Aposentadoria provisória .....	90
2.5.12 . Garantia de emprego pré-aposentadoria .....	90
2.5.13 . Membro de comissão de conciliação prévia .....	90
2.6 . Direitos assegurados ao empregado dispensado .....	91
2.6.1 . Contrato por prazo indeterminado .....	91
2.6.2 . Contrato por prazo determinado .....	93
2.6.3 . Outros direitos assegurados ao empregado dispensado sem justa causa .....	94
2.6.4 . Formalidades exigidas para o pagamento .....	95
<b>CAPÍTULO 3. A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO</b> ....	<b>97</b>
3.1 . Direitos fundamentais: caracterização e conceito .....	98
3.2 . As gerações de direitos fundamentais .....	101
3.3 . O trabalho como direito fundamental do ser humano .....	103
3.4 . A tutela constitucional .....	105
3.4.1 . Norma programática ou auto-aplicável .....	107
3.4.2 . Validade .....	110
3.4.3 . Eficácia .....	112
3.4.4 . Eficácia social ou efetividade .....	116
3.4.5 . Justiça .....	120
3.5 . A monetarização da proteção da relação de emprego .....	121
3.6 . Direitos fundamentais e vontade de Constituição .....	127
3.7 . O valor social do trabalho .....	129
3.8 . A inoperância do sistema de proteção .....	137
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>143</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>152</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ampl. – ampliada  
art. – artigo  
atual. – atualizada  
aum. – aumentada  
CF/88 – Constituição Federal de 1988.  
CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes  
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho  
Coord. – coordenador  
DJ – Diário de Justiça  
ed. – edição  
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço  
inc. – inciso  
MI – Mandado de Injunção  
MP – Medida Provisória  
n. – número  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
Org. – organizador  
p. – página  
reelab. – reelaborada  
reimp. – reimpressão  
Rel. – relator  
rev. – revisada  
S/D – sem data  
STF – Supremo Tribunal Federal  
tir. – tiragem  
TST – Tribunal Superior do Trabalho  
v. – volume

## INTRODUÇÃO

A evolução do sistema de produção fez com que surgisse o trabalho sob a forma de emprego. Durante muito tempo as relações de trabalho existentes não foram objeto de tutela do Estado, por admitir-se a existência de igualdade jurídica entre os sujeitos do processo de produção capitalista. A Revolução Industrial colocou em evidência o fato de que esta igualdade não existia e que a inexistência de normas reguladoras do Estado facilitavam a exploração dos trabalhadores, ante sua hipossuficiência frente ao empregador. Estes fatos propiciaram o surgimento das primeiras normas de caráter social, que dariam origem ao Direito do Trabalho.

No plano internacional, a importância do trabalho sob a forma de emprego foi reconhecida em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ou seja, há menos de um século. O Direito do Trabalho constitui-se, portanto, numa ciência nova, cuja origem decorre dos abusos cometidos pelos empresários em relação aos trabalhadores da época.

Coube ao Estado intervir nesta relação, buscando diminuir a desigualdade social e garantir condições mais dignas aos empregados, com a edição das primeiras normas de caráter social.

No final do século XX se verifica o desenrolar de um processo decorrente da evolução do modo de produção capitalista, que atualmente é conhecido como globalização ou mundialização.

Graças às facilidades propiciadas pela robótica, informática e telemática, a cada dia que passa é possível se produzir mais e com um número cada vez menor de trabalhadores, sob a alegação de que para fazer frente à concorrência internacional, há necessidade de maior produtividade, com menor custo. Todo esse processo tem um único objetivo em vista, qual seja, a facilitação do processo de acumulação capitalista, gerando o maior lucro possível para os investidores. Para alguém que mora na Ásia não importa que custo social tenha o fechamento de uma filial da empresa da qual é acionista, com a dispensa de centenas de trabalhadores, seja em que país ocorra, África ou Europa, desde que lhe traga dividendos ao invés de prejuízo.

É indubitável que a atividade empresarial só se viabiliza se houver algum lucro, por mínimo que este seja. O que vemos, contudo, é que atualmente se busca a maximização do lucro, independentemente das consequências advindas, como o desemprego.

Após a II Guerra Mundial, talvez em virtude das inúmeras atrocidades que foram vivenciadas, vários valores foram enunciados como inerentes ao ser humano e foram formalizados através da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Um dos direitos previstos nessa declaração, que foi assinada por diversos países, entre eles o Brasil, é o **DIREITO AO TRABALHO E A PROTEÇÃO CONTRA O DESEMPREGO**.

Entretanto, passadas várias décadas desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT (1919), estamos presenciando um ataque aos direitos trabalhistas, enquadrando estes como sendo os vilões da crise econômica internacional. Um enorme desemprego assola o mundo, num processo denominado de desemprego estrutural, numa total contradição com os princípios enunciados nos tratados internacionais. Não bastasse o desemprego que assusta

o mundo, estão a defender que quem está empregado deve ter seus direitos reduzidos ou, na melhor das hipóteses, flexibilizados.

No cenário atual de globalização o capitalismo demonstra prescindir do Estado-Nação, bem como questiona a própria conveniência da proteção e regulação estatais, na busca incessante da maximização do lucro. Há que se criar e manter mecanismos que impeçam a volta aos tempos da barbárie. O poder econômico não pode sobrepujar o interesse social. Neste sentido, cabe aos estudiosos do direito a defesa da existência de um sistema de garantias dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 prevê em seu art. 7º, inc. I, que constitui um direito dos trabalhadores rurais e urbanos a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Esta proteção, até que seja editada a lei complementar fica restrita às situações previstas no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Já se passou mais de uma década desde a promulgação da Carta de 1988 e a lei complementar relativa à disposição do art. 7º, inciso I, ainda não foi promulgada.

O art. 10 do ADCT cuida tão somente de aumentar o valor da indenização compensatória existente anteriormente (10% do depósitos do FGTS) para 40%, além de enumerar dois casos de garantia de emprego (membros de CIPA e gestantes).

Essa dissertação tem como tema o “término da relação de emprego”, buscando estudá-lo na seguinte delimitação: “a efetividade da proteção constitucional contra o término da relação de emprego, sem justa causa ou de forma arbitrária, por iniciativa do empregador, após a Constituição de 1988”.

Parte-se da hipótese de que o direito do trabalhador em ter sua relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto no art. 7º, inc.

I, da Constituição de 1988 e, inicialmente, restringido às situações previstas no art. 10 do ADCT, não tem efetividade no ordenamento jurídico pátrio para proteção do trabalhador frente a iniciativa do empregador em terminar a relação de emprego de forma imotivada.

Constitui o objetivo da abordagem a verificação da efetividade ou eficácia social da proteção constitucional contra o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, ou seja, a real observância desta norma pela sociedade, de modo a proteger o empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Para atingir este objetivo geral serão abordados também outros aspectos, que constituem objetivos específicos, relacionados aos pressupostos teóricos do tema.

O método escolhido para abordagem do tema pesquisado foi o raciocínio indutivo, com uma análise crítica, e utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica.

No Capítulo I será feito o estudo dos seguintes aspectos: teorias sobre a natureza jurídica do vínculo existente entre o empregado e o empregador, contrapondo-se as teorias contratualista e anticontratualista; os elementos caracterizadores da relação de emprego, seus sujeitos e conceitos; a terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador e seus fundamentos; o poder diretivo e disciplinar do empregador; o direito de resistência do empregado; direito potestativo do empregador; espécies de dispensa; a despedida como ato jurídico e a verificação da aplicabilidade da teoria da causa.

No Capítulo II será verificada a proteção existente da relação de emprego, sua evolução histórica, quais formas foram adotadas pelo legislador pátrio, o princípio da continuidade e a estabilidade, as diversas modalidades de garantias no emprego, os direitos assegurados ao empregado dispensado e quais as formalidades exigidas para o seu pagamento.

No Capítulo III se abordará a questão dos direitos fundamentais, sua caracterização, conceito e as gerações de direitos; o direito fundamental ao trabalho; a tutela constitucional existente, sua auto-aplicabilidade, validade, eficácia e justiça; a monetarização da proteção da relação de emprego; os direitos fundamentais e a vontade de Constituição, o valor social do trabalho e a inoperância da proteção constitucional.



# **CAPÍTULO 1**

## **A RELAÇÃO DE EMPREGO**

### **1.1. Teorias sobre a natureza jurídica do vínculo existente entre o empregado e o empregador**

O ser humano é considerado um ser social, pois tende, naturalmente, a viver em sociedade. O convívio no ambiente social precisa ser ordenado, a fim de se manter a harmonia, uma vez que podem surgir conflitos de interesses. É assim que o Direito constitui-se num instrumento de regulação social, ao formalizar os valores, concepções e sentimentos da sociedade. Como sustenta Marcos Bernardes de Mello, “parece indiscutível, no entanto, que se a cada qual fosse permitido conduzir-se socialmente como bem lhe aprouvesse, deixando-se governar pelo seu egoísmo e ambição, tendo como medida de ação o seu poder e a fraqueza do outro, a vida em comunidade seria intolerável e praticamente impossível o avanço para formas superiores de civilização”<sup>1</sup>.

A vida é constituída de fatos, com maior ou menor relevância. Aqueles fatos considerados relevantes para o relacionamento inter-humano, ao serem regulados pelo Direito, adquirem a qualidade de fatos jurídicos e passam a integrar o denominado mundo jurídico. Os fatos irrelevantes para o Direito continuarão a existir no mundo fático, não sendo, contudo regulados pelo Direito. Para ordenar a conduta humana o Direito, necessariamente, precisará fazer um juízo de valor.

Ao considerar importante para a vida em sociedade a regulação das relações de trabalho (e de emprego), estas passaram a integrar o mundo jurídico, como fatos jurídicos, ou seja, como fatos geradores de direitos, deveres, pretensões ou obrigações. Foi desta forma que as relações de trabalho foram juridicizadas, ou seja, pela incidência de normas jurídicas.

---

<sup>1</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7.ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 4.

Até o final do século XIX a legislação e o sistema jurídico possuíam um caráter individualista, ante a postura política liberal dos Estados. Estes consideravam haver igualdade entre o empregador e o empregado, os quais deveriam estipular entre si, de forma livre, as regras para o contrato de trabalho.

Para chegarmos à concepção atual de relação de emprego, foi percorrido um caminho longo e dificultoso. Inicialmente, o trabalho era destinado aos escravos, os quais tinham somente deveres, sendo considerados coisas. Na Idade Média, tivemos a servidão, que ainda se assemelhava bastante à escravidão. Surgiram as corporações de ofício, que reuniam mestres, companheiros e aprendizes, e que determinavam as diretrizes a serem obedecidas pelos corporados. Findas as corporações, surgiu a locação de serviços, que acabou desencadeando o movimento proletariado, em virtude dos abusos da classe patronal. As condições de trabalho eram extremas, com jornadas extenuantes e salários baixos.

O reconhecimento da necessidade de intervenção dos Estados nas relações de trabalho é algo recente, se compararmos à evolução da humanidade. As pressões das reivindicações, aliada aos reflexos trazidos pela revolução industrial determinaram o surgimento das primeiras normas reguladoras do trabalho.<sup>2</sup>

São dados os primeiros passos para o advento da legislação social-trabalhista, com a qual o Estado romperia com o dogma do *laissez faire, laissez passer*<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> SILVA, Carlos Alberto Barata. *Compêndio de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978. p. 37.

<sup>3</sup> Tradução literal: “deixar fazer, deixar passar” (também se adota a expressão “*laissez faire, laissez aller*”, que significa deixe fazer, deixe acontecer). Esta expressão francesa correspondia ao reconhecimento do princípio de não intervenção do Estado Liberal nos atos praticados pelos indivíduos, ao qual cabia apenas assegurar o exercício do direito de propriedade e a segurança da população, só intervindo nas situações que dissessem respeito a um desses dois aspectos. Perante a lei havia igualdade formal das partes, o que na realidade não ocorria. As relações entre empregados e empregadores foram objeto de livre negociação entre as partes por muito tempo. O empregado, contudo, tendo apenas sua força física (mão-de-obra) para oferecer, não tinha poder frente ao empregador. A ele cabia aceitar as condições impostas pelo empregador ou ficar sem fonte de renda. O interesse do Estado por essa situação só despertou após a verificação de enormes abusos que vinham sendo praticados pelos empregadores da época. As pressões da classe proletariada vieram a evidenciar esta falácia liberal de igualdade, que privilegiava o detentor dos meios de produção, dando surgimento às primeiras leis de caráter social.

característicos do Estado Liberal, passando a reconhecer a desigualdade existente entre as partes, com necessidade de definição de normas de proteção ao trabalhador<sup>4</sup>.

Esta igualdade jurídica deveria ser entendida de forma relativa, uma vez que a igualdade absoluta é impossível. A igualdade consiste em considerar desigualmente os desiguais, de modo a abrandar as diferenças sociais pelo Direito<sup>5</sup>.

Aspecto importantíssimo pertinente a relação de emprego é a análise de sua natureza jurídica. A discussão acerca da determinação da natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador, como categoria jurídica, desenvolveu-se por meio de duas teorias: a contratualista, que identifica tal relação como tendo natureza contratual e a anticontratualista, que a nega. Alguns autores dividem as correntes doutrinárias em três, acrescentando a corrente acontratualista ou paracontratualista. Esta também está sendo abordada neste estudo, porém, como parte integrante da teoria da corrente anticontratualista, sob a denominação de “teoria da relação de trabalho”.

#### **1.1.1. Teoria contratualista**

Antes de se analisar os fundamentos da teoria contratualista é importante esclarecer que as ações humanas podem ser reguladas por contrato ou estatuto. As regras de direito que não podem ser mudadas e que os particulares devem obedecer sem poderem ou deverem violá-las, que são impostas, que não dependem da vontade dos interessados, são da ordem do estatuto. A ordem do contrato, por seu turno, compreende os atos em que a vontade é relevante sob o ponto de vista jurídico. Há formalidades no contrato, contudo,

---

<sup>4</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e do Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, n. 1, v. 61, p. 43, jan. 1997.

<sup>5</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 33.

que tem regras definidas em estatuto e devem também ser observadas. A vontade, porém, tem importante papel no contrato, o que não ocorre com o estatuto.

Para a teoria contratualista, mesmo que o empregado venha a aderir às normas e princípios já estabelecidos pelo Direito, o aspecto primordial da relação existente entre o empregado e o empregador repousa no acordo de vontade e na liberdade que têm as partes de estabelecer certas regras e condições para o trabalho. Estas circunstâncias é que caracterizam a relação de emprego como contrato.

O surgimento do trabalho assalariado por conta alheia sob a forma de emprego, no século XVIII, em decorrência da revolução industrial, constituiu-se numa figura nova para os juristas, que tiveram dificuldades em classificá-lo.

Mantendo a tradição, os primeiros doutrinadores enquadraram-na no Direito Civil, por considerarem que o contrato de trabalho fosse um contrato semelhante aos demais contratos encontrados naquele ramo. Desta posição são decorrentes as teorias do contrato de trabalho como: a) arrendamento; b) compra e venda; c) sociedade; d) mandato.

#### **1.1.1.1. Contrato de trabalho *versus* contrato de arrendamento**

Esta teoria origina-se do Direito Romano, incluindo o trabalho entre as espécies de *locatio*, ou seja, pelo contrato de trabalho alugava-se um homem ou a sua força de trabalho, como quem aluga uma casa ou coisa qualquer. Tal fato decorre do fato de que, nos primeiros tempos de Roma, o trabalho era feito somente pelos escravos. Estes não tinham capacidade de figurarem numa relação jurídica, pois eram considerados coisas, instrumentos de trabalho.

O Código de Napoleão de 1804 é exemplo do triunfo da influência romana, regulando o contrato de trabalho sob a rubrica “Do contrato de arrendamento”.<sup>6</sup>

Planiol sustentava que o contrato de trabalho era de arrendamento, pois o homem colocava sua força de trabalho a serviço de outrem, por certo tempo, mediante certa remuneração, da mesma forma como poderia ser arrendada uma máquina ou um cavalo<sup>7</sup>. Outros doutrinadores viam no contrato de trabalho um contrato de arrendamento de serviços, no qual o trabalhador colocava suas forças de trabalho em benefício de outrem.

Essa teoria, contudo, possui uma crítica sólida. Como frisa Mario de la Cueva, “a essência do arrendamento está na concessão do uso ou gozo de uma coisa que não se destrói e que deve ser devolvida ao término do arrendamento, enquanto esta devolução não é possível no contrato de trabalho, porque a força de trabalho desenvolvida é consumida no ato mesmo da prestação de serviço”<sup>8</sup>.

É figura essencial para caracterização do arrendamento que a coisa se separe do arrendante para ficar na posse do arrendatário. No contrato de trabalho isto não ocorre, pois não há como separar a força de trabalho da pessoa que trabalha. Ninguém pode arrendar o que não se pode destacar da personalidade do homem. Desta forma, não se pode enquadrar o contrato de trabalho como um espécie de arrendamento.

---

<sup>6</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 127.

<sup>7</sup> apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 337; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1997. p. 101; GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 132.

<sup>8</sup> apud NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 338.

### 1.1.1.2. Contrato de trabalho *versus* contrato de compra e venda

O liberalismo econômico do século XVIII trouxe a concepção do trabalho como mercadoria, sujeito à lei da oferta e procura. Por meio desta concepção o empregado vende seu trabalho e recebe um preço, que é o seu salário.

Esta teoria também é criticada. Sustentam os opositores que o trabalho não pode ser visto como mercadoria, à luz do progresso social – que superou a visão econômica liberal – como também, por uma razão de ordem filosófica. O trabalho é inerente ao ser humano, fazendo parte de seu espírito.

Adolpho Lima mostra que “o trabalho não é mercadoria porque esta é o produto daquele. O trabalho, que é a causa primária de todas as mercadorias, não pode ser tido como idêntico ao seu produto. É uma atividade potencial, capaz de produzir por si própria. Materializa-se no objeto que produz ou transforma. Não é, porém, suscetível de materializar-se por si próprio”<sup>9</sup>.

Vender envolve uma obrigação de dar e no contrato de trabalho a obrigação do empregado é de fazer algo. Não há como separar a força de trabalho da pessoa do próprio empregado.

A compra e venda constitui-se num contrato pelo qual um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro a pagar-lhe certo preço. O ser humano não é uma coisa, possuindo uma racionalidade que o diferencia dos objetos e animais. Não há como se transferir o domínio do ser humano a outro ser humano e, também, não há como se separar a força de trabalho de quem o faz.

---

<sup>9</sup> apud NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 342.

### 1.1.1.3. Contrato de trabalho *versus* contrato de sociedade

Os defensores da teoria do contrato de trabalho como contrato de sociedade entendem que este constitui uma forma de associação, na qual há uma unidade de interesses e de esforços, que vinculam as partes. Haveria um objetivo comum, a saber, a produção de riqueza. O salário nada mais seria que a sua parte do produto e da produção.

Diversos são os argumentos que apontam não haver um contrato de sociedade entre empregado e empregador, a saber:

- a) na sociedade, a característica básica é a comunhão de interesses, a busca de um fim idêntico (a *affectio societatis*); no contrato de trabalho, a prestação de serviços subordinados;
- b) na sociedade, todos os sócios recebem os lucros; no contrato de trabalho o empregado recebe salário;
- c) na sociedade, os sócios participam da tomada de decisões; no contrato de trabalho, a regra geral é a decisão ser tomada unilateralmente pelo empregador;
- d) na sociedade, os riscos são assumidos por todos os sócios; no contrato de trabalho, os prejuízos não recaem sobre os empregados, salvo exceções previstas em lei;
- e) na sociedade há uma relação de igualdade; no contrato de trabalho há uma relação de subordinação;
- f) na sociedade, os sócios são credores ou devedores conjuntos; no contrato de trabalho, há uma posição jurídica de credor e devedor entre o empregado e o empregador<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 345; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 103.



O contrato de trabalho, portanto, não pode ser equiparado ao contrato de sociedade, dadas as suas peculiaridades.

#### 1.1.1.4. Contrato de trabalho *versus* mandato

Em virtude das críticas a tese do contrato de trabalho como arrendamento, surgiu a doutrina do contrato de trabalho como mandato. Não se podendo falar no contrato de trabalho em preço, como no arrendamento, mas sim em salário, a relação jurídica teria as características de mandato.

As diferenças entre os dois institutos, porém, são grandes. O mandato, normalmente, é gratuito (há o mandato mercantil, que é remunerado; o mandato civil, porém, é presumidamente gratuito)<sup>11</sup>, enquanto o contrato de trabalho é, por excelência, oneroso. O mandato é um contrato de representação, que tem por objetivo a utilização de serviços alheios para a prática de atos jurídicos; o mandatário vai agir em nome do mandante, o que não ocorre, normalmente, no contrato de trabalho. O mandato objetiva um resultado jurídico, a criação direta de um direito para o mandante; no contrato de trabalho, o objetivo é a realização de uma atividade. Cabe esclarecer que no mandato também pode haver realização de ato material e no contrato de trabalho pode ser realizado ato jurídico em nome de outrem, ainda que não seja a regra geral. Também pode ocorrer de coexistirem contrato de trabalho e mandato, sem que esta circunstância desfigure o contrato de trabalho<sup>12</sup>. No mandato, a relação jurídica é triplíce: mandante, mandatário e terceira pessoa; no contrato de trabalho é dúplíce: empregado e empregador. No mandato, o mandatário substitui o mandante no exercício da atividade; no contrato de trabalho, como regra, isto não ocorre, salvo os cargos de confiança. O mandato é revogável, sendo que o

---

<sup>11</sup> WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 13. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 449.

<sup>12</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 102.

contrato de trabalho tem restrições para sua rescisão, como no caso dos empregados estáveis<sup>13</sup>.

Pelas diversas diferenças existentes entre os dois institutos se pode concluir que o contrato de trabalho não se equivale ao mandato.

### 1.1.2. Teoria anticontratualista

Em oposição às idéias que defendiam a relação jurídica trabalhista como contrato vinculado ao Direito Civil é que surgiu o movimento anticontratualista.

Dois foram os motivos principais em que se apoiaram os juristas para negar a existência de contrato de trabalho: a) não havia livre discussão das cláusulas; b) a regulamentação legal feita pelo Estado deixava o campo de deliberação das partes demasiadamente restrito<sup>14</sup>.

O liberalismo defendia que havia igualdade jurídica das partes, o que, teoricamente, possibilitava que todas as condições de trabalho fossem objeto de livre estipulação e negociação entre empregado e empregador, consagrando de forma ampla o postulado da liberdade. Há que se esclarecer, contudo, que a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas: a liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não um contrato) e a liberdade contratual (possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato)<sup>15</sup>.

As condições de trabalho que existiam, contudo, vieram a comprovar a necessidade da intervenção do Estado, para evitar a exploração do trabalhador, fixando restrições quanto à liberdade contratual. Esta intervenção do Estado na fixação do

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 349.

<sup>14</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 97; MARANHÃO, Délio. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 240.

<sup>15</sup> WALD, Arnoldo. *op. cit.*, p. 184.

conteúdo do contrato denominou-se de dirigismo contratual. Arnoldo Wald afirma que “o dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar [...]”<sup>16</sup>. Surgiram, então, normas regulamentadoras que modificaram a livre determinação das condições de trabalho. A relação de emprego passava a ter como base de sustentação a legislação que definia direitos e deveres.

Serão abordadas duas das teorias decorrentes desse pensamento: a teoria da relação de trabalho e o institucionalismo.

#### **1.1.2.1. Teoria da relação de trabalho**

Também é denominada de teoria de relação de emprego e teoria do ato-condição. Caracteriza-se pelo fato de que os seus defensores negarem a importância da vontade na constituição e no desenvolvimento do contrato de trabalho. Por isto, evitam o uso da palavra ‘contrato’.

A relação de emprego não constitui um contrato porque não estabelece, nem modifica ou suprime normas ou situações jurídicas individuais ou subjetivas, nem há diversidade de objeto e fim. Cesarino Júnior sustenta que “o operário possui um verdadeiro ‘estatuto’, cada vez mais minuciosamente delimitado pela lei, pelo regulamento e pelo contrato coletivo”<sup>17</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento ensina: “daí substituírem a idéia de *convenção* ou *acordo* pela de *inserção*, *engajamento* ou *ocupação de trabalhador pela empresa*, querendo com isso expressar que não existe ato volitivo criador de direitos e obrigações,

---

<sup>16</sup> WALD, Arnoldo. *op. cit.*, p. 185.

<sup>17</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *op. cit.*, p. 111.

mas sim um fato objetivo e independente de qualquer manifestação subjetiva, na constituição da relação jurídica trabalhista”<sup>18</sup>.

Wolfgang Siebert define a relação de trabalho como:

uma relação entre um membro jurídico pessoal e a comunidade de exploração, fundamentada pela sua incorporação ou inclusão nessa comunidade, pressupondo, todavia, um certo acordo de vontades sem força suficiente para transformá-la em contrato. Nessa comunidade não existe uma soma de particulares relações contratuais entre os interessados, mas somente uma relação de trabalho com essência unitária sem separações ou dicotomias de efeitos<sup>19</sup>.

Para Mario de la Cueva a relação de trabalho “é o conjunto de direitos e obrigações que derivam para os trabalhadores e patrões do simples fato da prestação de serviços. [...] A concorrência da vontade do trabalhador é necessária para a relação de trabalho, porque ninguém poderá ser obrigado a prestar trabalhos pessoais sem o seu pleno consentimento”<sup>20</sup>.

A prática de atos de emprego é a fonte para a aplicação de todos os efeitos previstos na ordem jurídica, que recairão sobre os empregados. Os direitos e obrigações tem origem em fatos objetivos. A relação de emprego, contudo, não constituiria um contrato, por faltar a manifestação da vontade.

### 1.1.2.2. Institucionalismo

O jurista francês Maurice Hauriou, expoente desta teoria, define instituição como “uma idéia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um grupo social. Para a realização dessa idéia, um poder se organiza. De outro lado, entre

---

<sup>18</sup> NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 351.

<sup>19</sup> apud NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 352.

<sup>20</sup> apud NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 352-3.

os membros do grupo social interessado na realização dessa idéia, têm lugar manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por um procedimento”<sup>21</sup>.

Pela teoria do institucionalismo é possível que uma relação de trabalho (estado de fato), se transforme em um contrato de trabalho (estado de direito). Instituição e contrato, porém, são idéias que não se confundem. O contrato pressupõe igualdade e serve aos propósitos de dois ou mais indivíduos. Na instituição, o critério é de autoridade, importando diferenciação, desigualdade, autoridade e hierarquia. Os propósitos individuais estão subordinados às aspirações coletivas da instituição<sup>22</sup>.

O institucionalismo procura explicar a empresa como uma instituição, à qual os empregados aderem, não pela autonomia da vontade contratual, mas como membros desse organismo social, aparecendo uma relação entre o indivíduo e um estado social objetivo no qual o indivíduo está incluído. A situação do empregado têm caráter estatutário, uma vez que as condições de trabalho são estabelecidas previamente por um complexo normativo aceito pela empresa, ao qual o empregado deve obedecer, aderindo a estas normas. Não se trataria de contrato<sup>23</sup>.

### **1.1.3. Distinção entre contrato de trabalho e relação de emprego**

As teorias anteriormente expostas contrapõem duas idéias quanto à natureza jurídica do vínculo entre o empregado e o empregador, uma defendendo a sua natureza contratual e outra negando. Cabe questionar: há diferença entre as figuras do contrato de trabalho e relação de emprego ?

---

<sup>21</sup> apud NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 353.

<sup>22</sup> NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 354-5; CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *op. cit.*, p. 114.

<sup>23</sup> NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 355.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk afirmam que:

a distinção entre *relação* e *contrato*, embora forneça razoável explicação da aplicação dos “efeitos comuns” e dos “efeitos específicos” do contrato não é substancial. Significa, em verdade, uma exageração da diferença entre aspectos de uma só e mesma realidade. O contrato é, com efeito, o *aspecto subjetivo* de um fato de se objetiva na relação. Ora, o problema consiste justamente em saber se esse aspecto subjetivo pode ser eliminado, e não em se acentuar que difere do *aspecto objetivo*. Se os efeitos específicos, típicos do contrato de trabalho, derivassem exclusivamente do *fato da prestação de serviço*, o contrato seria uma superfetação. Tal não ocorre, todavia, visto como as obrigações específicas nascem no momento da execução como uma derivação do momento contratual. Por conseguinte, o simples acordo de vontades produz, por si só, os efeitos jurídicos, obrigando os contraentes<sup>24</sup>.

E concluem, afirmando:

A forma porque se estabelecem certas relações de trabalho no mundo moderno, embora revele certa restrição da autonomia individual – o que torna apenas oportuna a adoção de algumas medidas cautelares para a proteção da parte cuja autonomia é reduzida –, o ato constitutivo deve ser reconhecido como de natureza contratual, porque para a formação da relação são necessárias as declarações de vontades do empregador e do empregado<sup>25</sup>.

Para Mario de la Cueva “o contrato é o acordo de vontades e a relação de emprego é o conjunto de direitos e obrigações que se desenvolvem na dinâmica do vínculo”<sup>26</sup>.

A posição mais acertada parece ser a busca da harmonização entre as figuras do contrato e da relação, ao invés de dissociá-las. Não há uma separação absoluta entre o contrato e a relação de emprego. O contrato, como regra geral, precede a relação de emprego, sendo sua forma e estrutura jurídica e lhe dando origem. Délio Maranhão afirma que do contrato de trabalho surge uma relação jurídica, a relação de emprego<sup>27</sup>. A relação de emprego é, portanto, o conteúdo, a substância do contrato. Podemos afirmar que a relação é o efeito do contrato de trabalho, que se realiza com a prestação dos serviços,

<sup>24</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 157.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 159-60.

<sup>26</sup> apud NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 356.

<sup>27</sup> MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1993. p. 49.

dando origem a direitos e obrigações.

Assim pensa Mozart Victor Russomano, ao afirmar que o contrato de trabalho é o ato jurídico que cria a relação de emprego, enquanto que a relação de emprego “é o vínculo obrigacional que une reciprocamente o trabalhador e o empresário, subordinando o primeiro às ordens legítimas do segundo”<sup>28</sup>.

As situações de fato não podiam ficar indiferentes ao Direito. Assim, mesmo quando não há contrato, da prestação de trabalho podem resultar consequências jurídicas, já que não há como se devolver a força de trabalho despendida. Esta foi a posição adotada pelo nosso legislador, ao equiparar o contrato de trabalho à relação de emprego, conforme consta do artigo 442 da CLT, que define o contrato de trabalho como aquele correspondente à relação de emprego.

Pode-se questionar até que ponto o trabalhador brasileiro tenha liberdade contratual. A realidade nos demonstra que a grande maioria tem somente a opção de *aderir* às condições de trabalho propostas. O ato volitivo do trabalhador consiste em aceitá-las e se tornar empregado ou recusá-las e permanecer entre a sociedade de excluídos, os desempregados. A igualdade jurídica apregoada pelo liberalismo continua, como regra geral absoluta, uma grande falácia.

Esta possibilidade de negociação acontece para cargos de gerenciamento e direção, o que constitui um percentual insignificante ao compararmos com toda a classe trabalhadora. Não podemos, com certeza, olvidar que um dos princípios que rege o trabalho na sociedade atual é o da liberdade de trabalho. Ninguém é obrigado a trabalhar para outrem se não quiser. Assim, a manifestação de ato de vontade do trabalhador

---

<sup>28</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 94 – Em outra obra apresenta outro conceito de relação de emprego: “é o vínculo obrigacional que subordina o empregado ao empregador, resultante do contrato individual do trabalho”. Vide RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 110.

constitui um elemento essencial para constituição da relação de emprego. Esta manifestação deve ser entendida como um ato contratual, ainda que tenha as limitações de negociação, como salientado acima.

Cesarino Júnior aborda esta questão de forma muito clara, ao afirma que:

o alargamento das disposições imperativas da lei sobre os contratos, a ponto de abrangerem quase todas as suas cláusulas, reduzindo a atividades das partes à simples adesão, além de não ser fenômeno peculiar ao contrato de trabalho, mas extensivo hoje a grande número de contratos, mercê do dirigismo contratual, não lhe tira o aspecto contratual. O que importa neste não é a livre discussão de suas condições, mas tão somente o livre consentimento para a sua formação. E o intervencionismo nos contratos entre partes econômicas e socialmente desiguais vem justamente tornar real este consenso, inexistente quando prevalecia uma igualdade jurídica meramente formal<sup>29</sup>.

Negar a natureza contratual da relação de emprego seria temerário, posto que, como já afirmado acima, a legislação assegura a liberdade de trabalho. Empregado e empregador são livres e podem exercer este direito conforme suas vontades, ainda que o contrato de trabalho seja de adesão. Para o conceito de contrato o elemento essencial reside na liberdade do consentimento para a constituição da relação (liberdade de contratar) e não na liberdade contratual (consentimento para a determinação do conteúdo do contrato). Logo, a relação de emprego tem caráter contratual.

Embora seja adotado pela maioria dos doutrinadores a expressão *contrato de trabalho*, nesse estudo opta-se pelo uso da denominação *relação de emprego*, que é a utilizada na Constituição Federal.

#### 1.1.4. Conceito de relação de emprego

A relação de emprego é definida por diversos autores, ressaltando que a

---

<sup>29</sup> CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *op. cit.*, p. 119.



maioria tem-se utilizada da expressão contrato de trabalho. Este estudo, em consonância com a terminologia adotada pelo constituinte, opta por utilizar a expressão ‘relação de emprego’ em substituição da terminologia tradicional ‘contrato de trabalho’.

Para Evaristo de Moraes Filho, o contrato de trabalho pode ser conceituado “como o acordo pelo qual uma pessoa natural se compromete a prestar serviços não eventuais a outra pessoa natural ou jurídica, em seu proveito e sob suas ordens, mediante salário”<sup>30</sup>.

Para Délio Maranhão: “contrato de trabalho *stricto sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada”<sup>31</sup>.

Para Cesarino Junior: “Contrato individual de trabalho é a convenção pela qual uma ou várias pessoas físicas se obrigam mediante remuneração, a prestar serviços não eventuais a outra pessoa, sob a direção desta”<sup>32</sup>.

Vale ressaltar a simplicidade e profundidade do conceito apresentado por Mozart Victor Russomano: contrato de trabalho “é o ato jurídico criador da relação de emprego”<sup>33</sup>.

Nesse estudo será adotado o conceito de relação de emprego elaborado por Carmen Camino, que merece destaque pela completude da definição: “Relação de emprego é a relação de trabalho de natureza contratual, em que o empregado se obriga a prestar trabalho pessoal, essencial a consecução dos fins da empresa e subordinado, cabendo ao

---

<sup>30</sup> MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1995. p. 248.

<sup>31</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, v. 1, 1999. p. 245-6.

<sup>32</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *op. cit.*, p. 123.

<sup>33</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 94.

empregador suportar os riscos do empreendimento econômico, comandar a prestação pessoal do trabalho e contraprestá-lo através do salário”<sup>34</sup>.

Pode-se constatar que o conceito de Carmen Camino apresenta todos os elementos essenciais caracterizadores da relação contratual existente entre empregado e empregador, aqui denominada de relação de emprego.

## **1.2. A relação de emprego: sujeitos e elementos**

Até chegarmos a concepção atual de relação de emprego, foi percorrido um caminho longo e dificultoso. Inicialmente, o trabalho era destinado aos escravos, os quais tinham somente deveres, sendo considerados coisas. Na Idade Média, tivemos a servidão, que ainda se assemelhava bastante à escravidão. Surgiram as corporações de ofício, que reuniam mestres, companheiros e aprendizes, e que determinavam as diretrizes a serem obedecidas pelos corporados. Findas as corporações, surgiu a locação de serviços, que acabou desencadeando o movimento proletariado, em virtude dos abusos da classe patronal. As condições de trabalho eram extremas, com jornadas extenuantes e salários baixos. Estes fatos desencadearam um movimento de luta por condições de trabalho mais dignas.

Este fato, aliado a outras circunstâncias (revolução industrial, declarações de direitos), acabou determinando o abandono da postura liberal clássica, que considerava haver igualdade jurídica entre empregado e empregador. Esta igualdade jurídica deveria ser entendida de forma relativa, uma vez que a igualdade absoluta é impossível. A igualdade

---

<sup>34</sup> CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 114.

consiste em considerar desigualmente os desiguais, de modo a abrandar pelo Direito as diferenças sociais<sup>35</sup>.

Reconheceu-se a necessidade da intervenção do Estado nas relações de emprego, para garantir condições mínimas em favor dos trabalhadores, considerados *hipossuficientes*<sup>36</sup> perante a lei, que lhes possibilite defesa contra os arbitrios do empregador. Surgiam as leis sociais, de caráter supletivo, no sentido de que “o Estado procura substituir, por meio delas, o indivíduo hipossuficiente, para fazer aquilo que ele próprio, por sua fraqueza econômica, não poderia fazer e que representa a satisfação das necessidades vitais ...”<sup>37</sup>

Surgia, deste modo, o que a maioria dos doutrinadores trabalhistas viria a denominar de “contrato de trabalho”, ainda que a denominação mais adequada devesse ser “contrato de emprego”<sup>38</sup>, uma vez que trabalho é gênero, do qual o trabalho sob a forma de emprego é uma das espécies.

Na sociedade contemporânea, o papel desempenhado pelo que veio a ser denominado comumente de ‘contrato de trabalho’ é de grande importância, tendo em vista as finalidades a que ele se destina, a saber:

a) Base jurídica entre empregados e empregadores: a história demonstrou que há necessidade de intervenção do Estado para evitar abuso na relações de emprego.

<sup>35</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *op. cit.*, p. 33.

<sup>36</sup> A tendência do Direito Moderno é de reconhecer a diferença econômica existente entre o empregado e o empregador. Assim, os homens, sob o ponto de vista econômico, se dividem em ricos e pobres. Aos proprietários de capitais, imóveis, etc., chamamos de *auto-suficientes*. Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos *hipossuficientes*. Os hipossuficientes estão numa situação de hipossuficiência absoluta em relação aos auto-suficientes, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto de seu trabalho. “A hipossuficiência absoluta se caracteriza pelo fato de o indivíduo depender do produto do seu trabalho para manter-se e à sua família”. São os auto-suficientes que oferecem oportunidade de trabalho aos hipossuficientes. Cabe ao Direito Social (esta denominação não é pacífica na doutrina) a proteção dos fracos, com o objetivo de assegurar a paz social, o interesse geral e o bem comum. Ver comentários de CESARINO JUNIOR. *op. cit.*, p. 32-3.

<sup>37</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *idem*, p. 35.

<sup>38</sup> Ver a respeito os argumentos que fortalecem esta posição, na análise feita por José Martins Catharino na obra: *Contrato de emprego*. Bahia: Edições Trabalhistas, 1962. p. 11-15.

Assim, a liberdade contratual deve ser limitada pela existência de um complexo de direitos e deveres fixados por normas jurídicas de ordem pública, que oferecerão segurança às relações. Além disso, a inserção do contrato de trabalho no Direito oferece as vantagens de uma maior estabilidade e harmonia na vida social, uma vez que as partes conhecem de antemão as obrigações impostas pela lei, o que implica em maior respeito mútuo.

b) Meio de preservação da dignidade humana: a matéria trabalho é algo muito especial e não pode ser comparada a outras coisas.

c) Meio de afirmação da vontade individual: possibilita ao homem o exercício de seu direito de liberdade de escolha.

d) Instrumento de preservação da ordem social: busca minimizar os conflitos de interesses, fixando condições de trabalho.

e) Integração da ordem jurídica: o contrato de trabalho é importante tanto do ponto de vista subjetivista, que se vincula à autonomia da vontade dos indivíduos para escolherem e estipularem suas obrigações, como do ponto de vista objetivista, que o considera um instrumento de justiça social<sup>39</sup>.

Para que haja uma relação de emprego há necessidade de haja, no mínimo dois sujeitos de direitos, a saber: o empregado e o empregador. Alexandre Belmonte esclarece que os “sujeitos da relação jurídica ou sujeitos do direito são os entes do mundo jurídico que podem figurar no vínculo como detentores de direitos e responsáveis por obrigações”<sup>40</sup>. Ensina também que “relação jurídica é o vínculo entre sujeitos do direito,

---

<sup>39</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 324-6.

<sup>40</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no Direito do Trabalho*. 2. ed. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 70.

formado a partir de um fato jurídico e ao qual o ordenamento atribui efeitos jurídicos: a aquisição de direitos e obrigações”<sup>41</sup>

Assim, podem ser sujeitos de direito as pessoas (natural ou física e jurídica) e outros entes que o Direito admite, embora destituídos de personalidade (condomínio, massa falida, etc.). Toda relação jurídica tem como elementos os sujeitos (as partes que compõem a relação – no Direito do Trabalho, o empregado e o empregador), o objeto (bem juridicamente protegido, no Direito do Trabalho, o próprio trabalho), o fato jurídico (no Direito do Trabalho, a contratação/prestação de serviços) e a norma (garantia de direitos e obrigações – no Direito do Trabalho, as principais são o salário para o empregado e o serviço a ser prestado para o empregador).

Cada um desses sujeitos tem suas peculiaridades. Ter clara a conceituação de ambos é de grande importância para a aplicação dos preceitos da legislação laboral, como se verá adiante.

### **1.2.1. O empregado**

O conceito de empregado tem importância fundamental no Direito do Trabalho, posto que a ele são destinadas as normas de proteção. As medidas de proteção não tutelam do mesmo modo todos os trabalhadores. Trabalhador é a denominação genérica de todos que desenvolvam algum tipo de trabalho ou serviço, como por exemplo, o trabalhador autônomo, o sócio e o empreiteiro. Empregado é uma das espécies de trabalhador. A caracterização da relação de emprego, portanto, é fundamental para identificarmos o destinatário das normas de proteção previstas no Direito do Trabalho.

---

<sup>41</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. *op. cit.*, p. 69.

Na legislação brasileira, o conceito de empregado está previsto no artigo 3º da CLT, que assim dispõe: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Deve ainda ser combinado com o disposto no artigo 2º da CLT que apresenta o conceito de empregador<sup>42</sup>.

A natureza do trabalho não têm influência na caracterização da relação de emprego. Pode haver empregados no comércio, na agropecuária, na indústria ou em outras atividades. Até em atividades ilícitas têm-se reconhecido os efeitos da relação de emprego, ainda que o contrato seja nulo. A lei veda distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador e entre o trabalho intelectual, técnico e manual (artigo 7º, incisos XXXII e XXXIV da Constituição Federal).

### **1.2.2. Elementos caracterizadores da relação de emprego**

Para o reconhecimento da relação de emprego é necessário que estejam presentes determinados requisitos, que a diferenciarão das demais relações de trabalho.

Estes elementos que caracterizam a relação de emprego tem sido divididos em *essenciais* ou obrigatórios e *acidentais* ou facultativos. Quatro são os elementos considerados essenciais, a saber: pessoalidade, não-eventualidade, remuneração (onerosidade) e dependência (subordinação). Entre os acidentais podemos citar a exclusividade da prestação, a não participação nos riscos do empreendimento, a

---

<sup>42</sup> A legislação prevê, ainda, que não pode haver qualquer discriminação para o exercício de em virtude do sexo, idade, cor ou estado civil artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988). A religião não pode motivo de qualquer restrição (artigo 5º, VI, da CF/88), garantindo-se a liberdade de consciência e crença. Existem normas, contudo, que criam restrições ao trabalho da mulher e do menor de 18 anos, as quais não constituem discriminação, mas normas de proteção específica, dadas as peculiaridades do organismo da mulher, bem como ao desenvolvimento físico e psíquico do menor. Algumas destas normas de proteção da mulher e do menor estão previstas na Constituição Federal de 1988.

continuidade e a alteridade da prestação<sup>43</sup>. Vejamos estes elementos de forma mais detalhada.

#### 1.2.2.1. Pessoaalidade

Este elemento pode ser dividido em dois: trabalho por pessoa física e pessoaalidade, uma vez o trabalho pode ser feito por pessoa física sem que importe em pessoaalidade. Contudo, nesse estudo não se fará esta distinção, englobando no elemento pessoaalidade os dois aspectos.

Somente pode ser empregado pessoa natural. A relação de emprego é *intuitu personae* em relação à pessoa do empregado, isto é, não pode ser satisfeita por outrem, mas somente por quem a contraiu, ou seja, somente pelo empregado<sup>44</sup>. O empregado assume uma obrigação de fazer o serviço contratado, ele próprio.

O trabalho deve ser realizado pela própria pessoa, não se admitindo que seja feito por terceiro. É uma obrigação personalíssima e, desta forma, intransferível. Esta obrigação não se transmite a herdeiros e sucessores, motivo pelo qual a morte do empregado é motivo de dissolução do contrato de trabalho existente entre as partes.

O objeto da relação de emprego é o ato de trabalhar e não o resultado do trabalho. Este ato de trabalhar só se concretiza com o homem trabalhando, ao passo que determinado trabalho, visto sob o aspecto estático do resultado, poderia ser feito por qualquer trabalhador, sem que fosse necessariamente empregado<sup>45</sup>. Ao contratar, o empregador escolhe determinado trabalhador, com base nas características que este apresentou e que atendem sua necessidade, e não qualquer trabalhador.

---

<sup>43</sup> Ver a respeito comentários de PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 108-114.

<sup>44</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 84.

<sup>45</sup> CAMINO, Carmen. *op. cit.*, p. 87.

### 1.2.2.2. Não-eventualidade

Várias teorias buscam apresentar a noção de eventualidade e, conseqüentemente, de não-eventualidade, sendo as principais: teoria do evento, teoria da descontinuidade, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica.

Para a teoria do evento, eventual será o trabalhador admitido em decorrência de um acontecimento incerto, casual, fortuito.<sup>46</sup> A duração do acontecimento não pode ser muito ampla.

A teoria da descontinuidade considera eventual o trabalho realizado de forma esporádica, de modo disperso no tempo, com rupturas e espaçamentos. A CLT ao optar pela expressão ‘serviços de natureza não-eventual’ rejeitou esta teoria, pois não adotou a expressão ‘serviços de natureza contínua’. O fato do trabalho ser prestado de forma intermitente não descaracteriza a relação de emprego. Assim, trabalhos de safra, realizados com intervalos são reconhecidos como não-eventuais, ainda que de curta duração<sup>47</sup>.

Pela teoria dos fins do empreendimento, ao se referir a serviços de natureza “não-eventual” a CLT quis dizer que os serviços realizados pelo empregado devem estar vinculados ao objeto da atividade econômica e que são imprescindíveis para a sua consecução. Assim, não-eventuais são os serviços essenciais da empresa. Diferenciam dos serviços eventuais pela necessidade circunstancial desses, destinados ao atendimento de situações de emergência, quando interessa o resultado do trabalho e não o ato de trabalhar<sup>48</sup>. O lapso de tempo não é o fator determinante, mas sim a natureza do trabalho.

---

<sup>46</sup> RUSSUMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1990. p. 12.

<sup>47</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. rev. e atual. reelab. São Paulo: LTr, 1999. p. 253.

<sup>48</sup> CAMINO, Carmen. *op. cit.*, p. 82-3.



Como exemplo pode-se citar o caso de um eletricitista que trabalhe um mês fazendo conserto numa loja, cuja atividade será eventual. Pelo contrário, uma balconista, que trabalhe apenas um dia será empregada, porque sua atividade é essencial para a loja, constituindo-se no objeto da atividade econômica do empregador (vendas).

Para a teoria da fixação jurídica, eventual é o trabalhador que não se fixa numa fonte de trabalho. A fixação do empregado ao tomador dos serviços é jurídica, ao passo que o eventual não se fixa por haver impossibilidade, uma vez que trabalha para destinatários que variam no tempo<sup>49</sup>.

A verificação da não-eventualidade, entretanto, não deve se basear apenas numa das teorias, buscando a conjugação dos elementos nela apontados para uma caracterização mais acertada.

Para a caracterização da não-eventualidade, devem ser analisados os seguintes elementos: a) permanência na empresa com ânimo definitivo; b) fixação jurídica ao tomador; c) duração do trabalho prestado; d) o trabalho não pode estar ligado a evento certo, determinado e episódico no tocante às atividades da empresa; e) o trabalho deve ter vinculação com os serviços essenciais do empreendimento<sup>50</sup>.

Trabalho não eventual será, portanto, aquele que se insere na ordem normal das atividades da empresa (serviços essenciais), que não seja ocasional e que seja prestado com vinculação jurídica.

---

<sup>49</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 105 e 300.

<sup>50</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. p. 255.

### 1.2.2.3. Remuneração

Este elemento também é denominado de onerosidade. O trabalho pode ser realizado sob diversas formas. Assim, podemos encontrar pessoas que realizam trabalho voluntário, beneficente, sem qualquer retribuição pelo serviço realizado, a não ser a satisfação interior. A prestação do serviço é realizada sem intenção onerosa.

Para a caracterização da relação de emprego o trabalho deve ser remunerado ou com a intenção de haja remuneração, uma vez que pode ocorrer de haver prestação de serviços sem o pagamento devido. Ao esforço despendido pelo empregado na realização de sua obrigação, deve corresponder uma contraprestação do empregador, que ocorre sob a forma do salário. Havendo atividade econômica produtiva, está implícito que o trabalhador busca salário. A relação de emprego é essencialmente onerosa, não havendo lugar para a gratuidade. O salário é fator de subsistência do empregado. Para sua caracterização é fundamental a verificação do *animus contrahendi* (intenção do contratante), ou seja, a constatação da intenção do prestador de serviços de se vincular a título oneroso.

Por salário deve-se entender “a contraprestação devida pelo empregador em face do serviço desenvolvido pelo empregado”<sup>51</sup>. A legislação brasileira diferencia salário de remuneração, cujo conceito é mais amplo. Tudo o que o empregado recebe em decorrência de seu trabalho constitui sua remuneração, mesmo quando estes valores não provenham de seu empregador, como no caso de gorjetas. O salário diferencia-se da remuneração por constituir-se em valor pago pelo empregador.

---

<sup>51</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito Brasileiro*. p. 596.

#### 1.2.2.4. Dependência (subordinação)

A CLT adota o termo dependência que a doutrina vem substituindo pelo termo subordinação. Ambos indicam a posição de inferioridade hierárquica do empregado. É considerado o elemento diferenciador do contrato de trabalho dos demais contratos afins.

Existem divergências quanto aos critérios que podem ser utilizados para caracterização da natureza jurídica desta dependência, dividindo-se as opiniões entre os seguintes: a) subordinação jurídica ou dependência hierárquica; b) dependência econômica; c) dependência técnica; d) dependência social<sup>52</sup>. O critério mais aceito atualmente é o da subordinação jurídica, ou seja, ao aceitar as condições estipuladas pelo empregador no contrato individual de emprego, o trabalhador concorda em se curvar ao seu poder diretivo. O contrato serve, deste modo, de instrumento de exercício de sua vontade jurídica. Será o empregador quem irá determinar o tempo, modo, lugar, métodos, usos e demais condições de prestação do serviço, cabendo ao empregado o dever de obediência.

A subordinação do empregado se manifesta pela sua natureza jurídica, mas também pelo grau com que é estabelecida, ou seja, pela sua intensidade. A subordinação se antecipa à própria prestação do trabalho pelo empregado, uma vez que ele permanece à disposição do empregador para receber ordens, independentemente disto ocorrer. O empregador utilizará a força de trabalho do empregado da melhor forma que lhe aprouver, criando-se para o empregado, durante sua jornada de trabalho, um estado de *sujeição*<sup>53</sup>, que o torna dependente do empregador, esteja ou não trabalhando. É evidente, porém, que a subordinação está relacionada com o objeto do contrato de trabalho (o serviço prestado

---

<sup>52</sup> Ver análise feita por GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 142-52; RUSSUMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 52-7; RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito Brasileiro*. p. 111-114.

<sup>53</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. p.109.

pelo empregado), não se tratando de uma subordinação de homem a homem, de natureza física ou moral<sup>54</sup>. Em outras situações de trabalho subordinado sem relação de emprego o grau de subordinação é relativo, não se dirigindo para a energia do trabalhador, mas para o fim em que será aplicada. O trabalhador mantém sua autonomia quanto aos meios de execução.

Existem casos, todavia, em que esta posição de inferioridade nem sempre é facilmente vista, como, por exemplo, dos altos executivos e gerentes. Contudo, ainda assim, são empregados. Para identificar estes empregados podemos nos socorrer dos elementos acidentais. Além disso, as demais teorias quanto à natureza jurídica da subordinação poderão fornecer elementos para verificação da existência da relação de emprego.

O empregado é subordinado porque tem sua energia pessoal utilizada por outrem, que lhe dirige a aplicação, ao contrário do autônomo, que utiliza sua energia pessoal sob sua própria direção. O empregado trabalha em proveito alheio, quanto ao resultado da atividade.

Esta subordinação é jurídica porque é reconhecida pelo Direito, estando seu fundamento na necessidade de que haja uma hierarquia funcional no local de trabalho, a fim de conservar a disciplina e permitir ao empregador a direção do trabalho. Esta subordinação reconhece ao empregador o princípio de autoridade, ou seja, a existência de uma dependência hierárquica do empregado.

---

<sup>54</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicílio e Contrato de Trabalho: formação histórica e natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. Revista do Trabalho, 1943. p. 100.

### 1.2.2.5. Elementos acidentais

a) **Exclusividade:** o trabalho prestado de forma exclusiva importa a singularização da relação de emprego. Nossa legislação não impede que o empregado se coloque à disposição de mais de um empregador, desde que disponha de tempo suficiente para tal. Entretanto, é fato que a pluralidade de empregos dificulta a aplicação de certos institutos do Direito do Trabalho, como por exemplo, o das férias anuais remuneradas, uma vez que o descanso ficará prejudicado<sup>55</sup>.

b) **Não participação nos riscos da atividade econômica:** cabe ao empregador assumir os riscos da atividade que escolheu desempenhar. Os resultados são exclusivamente do empregador e, da mesma forma, eventuais prejuízos deverão ser suportados apenas por ele. O empregador é quem suporta o empreendimento. Ao empregado, que aliena sua força de trabalho, cabe o salário, independentemente do resultado alcançado pela empresa.

c) **Alteridade:** este critério é adotado por Manoel Alonso Olea e consiste no fato de que o empregado sempre trabalhará por conta alheia, entregando ao empregador sua força de trabalho e o resultado de sua atividade, em troca de seu salário. Contudo, pode haver alteridade, sem relação de emprego, como no caso do trabalho autônomo.

d) **Continuidade:** vem a ser a permanência absoluta do empregado à disposição do empregador, ou seja, o empregado deixa sua energia todo o tempo para utilização pelo empregador.

Para que haja relação de emprego é fundamental que todos os elementos essenciais estejam presentes, sem o que esta não se configura. São elementos concorrentes,

---

<sup>55</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 88-9.

isto é, a ausência de qualquer deles é suficiente para descaracterizar a existência de relação de emprego. Assim, constitui erro bastante comum pensar que basta haver subordinação para se tratar de relação de emprego.

### 1.2.3. Conceito de empregado

Diversos são os conceitos apresentados pelos autores, muitos dos quais retratam apenas a definição legal. Outros vão além, buscando acrescentar mais elementos que facilitem a identificação da relação de emprego. Cita-se exemplificativamente apenas alguns, sem com isto querer dizer que outros não possam retratar bem o que seja a relação de emprego.

Para José Augusto Rodrigues Pinto, “empregado é a pessoa física que coloca sua energia pessoal à disposição de empregador para utilização por este, em caráter permanente, mediante subordinação e retribuição”<sup>56</sup>.

Para Eugenio Pérez Botija, a relação de emprego importa “actividad personal, prestada mediante contrato, por cuenta y bajo dirección ajena, em condiciones de dependencia y subordinación”<sup>57</sup>.

Para este estudo adotaremos a definição de empregado proposta por Amauri Mascaro Nascimento, segundo a qual “empregado é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não-eventual para outrem, de quem recebe salário”<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. p.115.

<sup>57</sup> BOTIJA, Eugenio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1960. p. 26 - “Atividade pessoal, prestada mediante contrato, por conta e sob direção alheia, em condições de dependência e subordinação” (tradução livre).

<sup>58</sup> NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito de Trabalho*. p. 380.

#### 1.2.4. O empregador

A expressão *empregador*, utilizada pela CLT, tem também outras denominações. Assim, são conhecidos os termos *patrão* (ainda usado hodiernamente), *chefe de empresa*, *principal* e *dador de trabalho* (utilizado pelos italianos). O termo *empregador*, contudo, tem sido o mais aceito pela doutrina e legislação, até mesmo por se contrapor ao termo empregado<sup>59</sup>.

O texto da CLT, além de trazer o conceito de empregado, também traz o de empregador em seu artigo 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Os profissionais liberais e as entidades sem fins lucrativos são equiparados a empregador, embora não enquadrados como empreendedores de atividade econômica (artigo 2º, § 1º da CLT). Melhor teria sido se o legislador dissesse que toda pessoa ou entidade sem fins lucrativos será empregador se a relação jurídica existente com o prestador de serviços for de emprego.

A CLT define empregador com sendo a *empresa individual ou coletiva*. Por empresa se entende, tecnicamente, o conjunto de pessoas e bens, materiais e imateriais, organizado para buscar determinado fim econômico. A empresa não tem personalidade jurídica. Quem a possui é a pessoa física ou jurídica que está na titularidade da mesma.<sup>60</sup>

A CLT foi infeliz ao adotar a expressão empresa<sup>61</sup>, que o legislador veio a corrigir por ocasião da definição de empregador rural, na lei 5.889/73, ao considerá-lo

<sup>59</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 106-7.

<sup>60</sup> CAMINO, Carmen. *op. cit.*, p. 102-3.

<sup>61</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 107.

“pessoa física ou jurídica”. Ao definir a empresa como empregador, foram-lhe atribuídas qualidades subjetivas de titularidade de direitos e obrigações, quando, na verdade, a empresa não é sujeito de direito, mas objeto de direito de uma pessoa natural ou jurídica<sup>62</sup>.

No início do século XX a regra geral era que a própria pessoa do empregador comandasse a prestação dos serviços, uma vez que a maior parte das empresas tinha número pequeno de empregados. Atualmente, existem empresas com milhares de empregados e a direção dos trabalhos é feita por prepostos, aos quais cabe desempenhar o papel do empregador, qual seja, a direção da prestação dos serviços. O empregado já não consegue mais identificar quem é o empregador, como nas pequenas empresas. A prestação de serviços do empregado é feita sob o comando desta pessoa física ou jurídica que está no comando. Assim, mesmo se houver alteração na propriedade ou estrutura jurídica da empresa, o trabalhador permanecerá integrado à empresa. A esta peculiaridade da relação de emprego se denomina de *despersonalização do empregador*.

Ocorrendo alteração na titularidade ou na estrutura jurídica da empresa, os direitos do empregado não serão afetados e a relação de emprego não sofre solução de continuidade, ainda que mude a pessoa do empregador. Essa alteração do sujeito empregador numa mesma relação de emprego caracteriza a *sucessão de empregadores*.

A CLT também assegura ao empregado que haverá solidariedade entre as empresas de um mesmo grupo econômico em relação às obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho firmado com uma das empresas, posto que se beneficiam, ainda que indiretamente, da força de trabalho entregue pelo empregado de cada uma das empresas.

---

<sup>62</sup> MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. p. 267.



#### 1.2.4.1. Conceito de empregador

A conceituação de empregador está intimamente relacionada com a de empregado, posto que são figuras opostas de uma relação jurídica, vinculadas, portanto, pelos elementos caracterizadores da relação de emprego.

Orlando Gomes afirma que “a expressão *empregador* designa, na técnica do Direito do Trabalho, a pessoa natural ou jurídica que utiliza, dirige e assalaria os serviços de outrem, em virtude de contrato de trabalho”<sup>63</sup>.

Para José Augusto Rodrigues Pinto “empregador é a pessoa física ou jurídica que utiliza, em caráter permanente, a energia pessoal de empregados, mediante retribuição e subordinação, visando a um fim determinado, econômico ou não”<sup>64</sup>.

Para Evaristo de Moraes Filho “empregador é a pessoa natural ou jurídica que utiliza serviços de outrem em virtude de um contrato de trabalho”<sup>65</sup>.

Existem, ainda, diversos outros conceitos de empregador. Para este estudo, interessa, principalmente, a relação de emprego existente e, portanto, passível de terminação por iniciativa do empregador. Deste modo, se adotará a definição de Mozart Victor Russomano, para quem “empregador é a pessoa natural ou jurídica que contrata empregados”<sup>66</sup>.

#### 1.3. Da terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador

Como regra geral, os contratos de trabalho são por prazo indeterminado,

---

<sup>63</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 106.

<sup>64</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. p. 129.

<sup>65</sup> MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. p. 266.

<sup>66</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 64.

constituindo a pré-fixação de prazo situação excepcional. Constitui, desta forma, um dos princípios basilares do Direito do Trabalho a continuidade da relação de emprego, havendo mecanismos legais que visam assegurar a sua manutenção e dificultar o seu término.

A relação de emprego, contudo, constituindo-se num contrato, pode ser extinguida em virtude de um fato que lhe dê fim. Este estudo pretende analisar o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, denominado pela doutrina de despedida ou dispensa. A CLT usa o termo demissão e rescisão. A Constituição Federal de 1988 adotou as expressões despedida e dispensa. A terminologia adotada pela CLT não corresponde a adotada pelos doutrinadores<sup>67</sup>.

### **1.3.1. Fundamentos do direito de despedir**

A admissibilidade do direito de despedir do empregador tem seu fundamento principal em três aspectos: pacto de prestações sucessivas; teor fiduciário da relação de emprego e necessidade econômica.

Sendo o contrato de trabalho um pacto de execução continuada, não faria sentido que as partes fossem obrigadas a uma vinculação eterna, sem considerar as mudanças (legais, estruturais, tecnológicas, etc.) que possam ocorrer no meio sócio-econômico. A relação existente entre empregado e empregador não pode ficar alheia à realidade interna e externa da empresa. Por este motivo, a legislação autoriza a rescisão do contrato de forma unilateral pelo empregador.

Sendo a relação de emprego de caráter personalíssimo, está implícita a

---

<sup>67</sup> Vide a respeito a classificação proposta por Délio Maranhão, em que diferencia as seguintes causas de dissolução dos contratos: a) rescisão; b) resolução; c) revogação; d) rescisão; e) força maior. Para ele, a despedida ou dispensa, constitui um tipo de rescisão unilateral do contrato de trabalho. SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 564-71.

confiança depositada pelo empregador quanto à probidade e capacidade profissional do empregado. Havendo quebra dessa fidúcia, se torna inviável a continuidade do liame existente, o que torna justificável a dispensa pelo empregador. Nesse aspecto também podem ser considerados os motivos disciplinares, ou seja, quando as atitudes do empregado podem prejudicar a disciplina do grupo de trabalho.

Ao empregador, que assume os riscos da atividade econômica, cabe a direção do empreendimento, sendo-lhe assegurado constitucionalmente o direito de propriedade e a liberdade econômica, reconhecida pelo valor social da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal). Assim, o empregador é o proprietário do negócio e pode despedir empregados, com fundamento nesta liberdade econômica, alicerçada no direito de propriedade. A dispensa constituiria, na afirmação de Martins Catharino, “um ato capitalista”<sup>68</sup>. Para conduzir seu negócio, a legislação brasileira assegura ao empregador o que a doutrina denominou de “poder diretivo”, que será analisado adiante.

### 1.3.2. O poder diretivo

A condição de subordinação do empregado ao empregador fica evidente desde a admissão, pois ele é escolhido. É o empregador quem admite e o faz desde que o empregado atenda os requisitos que julgar necessários para conceder o emprego almejado pelo mesmo. Se não for assim, não será admitido.

A definição de empregador constante do artigo 2º da CLT deixa evidente o poder de direção<sup>69</sup> que lhe é reconhecido pela ordem jurídica, o qual evidencia o estado de

---

<sup>68</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1982. p. 299.

<sup>69</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 73.

subordinação do empregado. Conforme nos ensina Carmen Camino, “tal poder emerge da condição jurídica que o habilita a dispor da força de trabalho contratada junto ao empregado e, conseqüentemente, porque não há separação possível entre a força de trabalho e o homem que trabalha, da própria pessoa do trabalhador”<sup>70</sup>.

Esta subordinação, conforme já salientado anteriormente, tem natureza jurídica cujo conteúdo foi muito bem definido há tempo por Paul Colin:

Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a estas ordens; eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para a opor principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui ao contrário do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de lhe fixar limites sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são os dois pólos da subordinação jurídica.<sup>71</sup>

A prestação dos serviços feita pelo empregado, portanto, em virtude desta subordinação jurídica, é dirigida de forma continuada<sup>72</sup> pelo empregador, que regulamenta as normas de execução, distribui as tarefas, orienta e fiscaliza a realização do trabalho. Também pode adequar a prestação do trabalho às necessidades da empresa, no exercício legítimo do *jus variandi*, alterando condições estabelecidas, desde que pela natureza de tais condições assim se faça possível, segundo o ajustado entre as partes.

O poder diretivo do empregador consiste, portanto, como bem esclarece Emílio Gonçalves, “no complexo de faculdades de que dispõe para a organização e coordenação geral do trabalho na empresa, com vistas aos fins e necessidades da mesma”<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> CAMINO, Carmen. *op. cit.*, p. 107.

<sup>71</sup> apud MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicílio e Contrato de Trabalho*. p. 105.

<sup>72</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 73.

<sup>73</sup> GONÇALVES, Emílio. O Contrato de Trabalho e o Poder Disciplinar do Empregador. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, a. II, n. 2. 1994. p. 21.

Este poder hierárquico do empregador tem seu fundamento no contrato de trabalho<sup>74</sup>: “Por força do contrato, vai caber ao empregador manifestar este poder através dos poderes diretivo e disciplinar. O primeiro diz respeito ao conjunto de regras gerais de caráter técnico, reguladoras das maneiras de produzir e de trabalhar. Manifestam-se estas normas por intermédio de regulamento de empresa, instruções, circulares ou ordens de serviço. O poder disciplinar nada mais é do que a aplicação de sanções às infrações de tais regras”<sup>75</sup>.

### 1.3.3. O poder disciplinar

O poder disciplinar é decorrente do poder diretivo do empregador, que é assegurado pela lei, posto ser quem assume os riscos da atividade econômica. Há diversas correntes que tentam explicar o fundamento do poder disciplinar do empregador, dentre as quais citam-se: corrente contratual, teoria da propriedade privada, corrente institucionalista, teoria negativista, teoria penalista e teoria do pluralismo democrático. A maioria dos autores tende para o reconhecimento do poder disciplinar com origem no contrato de trabalho<sup>76</sup>.

A possibilidade de imposição de sanções disciplinares ao empregado faltoso, evidencia o *status* hierárquico superior do empregador, sem o que não poderia aplicar qualquer punição.

<sup>74</sup> Há outras posições doutrinárias que buscam explicar o fundamento do poder hierárquico do empregador, dentre elas a do instituto da propriedade privada e a institucional. Para Mesquita o fundamento do poder hierárquico está no interesse social ou coletivo da empresa e não no contrato. MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2. ed. fac similada. São Paulo: LTr, 1991. p. 44-8.

<sup>75</sup> MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. p. 276.

<sup>76</sup> GONÇALVES, Emilio. *O Contrato de Trabalho e o Poder Disciplinar do Empregador*. p. 22-3 – Já para Irmay Ferrari, o fundamento do poder disciplinar deriva da lei. FERRARI, Irmay. Fundamentos e Exercício do Poder Disciplinar do Empregador. In: PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995. p. 167.

Nos demais tipos de contratos, quando uma das partes descumpre cláusulas pactuadas, como regra geral, a solução é a rescisão. No contrato de trabalho, a rescisão contratual no caso de faltas leves seria uma solução radical. Assim, interessando ao empregado e ao empregador que o contrato permaneça, justifica-se a existência e aplicação do poder disciplinar<sup>77</sup>.

A legislação assegura ao empregador o poder disciplinar, para o cumprimento das normas e ordens por ele editadas, com a finalidade de garantir a ordem interna da empresa. Dentre as medidas disciplinares que podem ser tomadas, podemos citar: advertência, suspensão e despedida (O reconhecimento da despedida como uma sanção disciplinar não é pacífico entre os autores). Interessa ao presente estudo a análise da despedida, como se verá adiante.

#### **1.3.4. A questão do direito de resistência (*jus resistendae*)**

Em virtude da subordinação, cabe ao empregado obedecer as ordens emanadas do empregador, que estejam relacionadas com a prestação de serviços, decorrentes do contrato de trabalho. Contudo, existem limites para o empregador exercer este poder diretivo (hoje visto como um poder jurídico). O seu uso não pode ser incondicional<sup>78</sup>.

A possibilidade de haver o controle judicial das sanções disciplinares é pacífica, podendo ser analisada a existência da falta e sua imputabilidade, a ocorrência de abuso de poder do empregador e a legalidade da punição. Controvertida a questão quanto a

---

<sup>77</sup> CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *op. cit.*, p. 133.

<sup>78</sup> Luiz José de Mesquita aborda esta questão, dividindo os limites em três espécies: 1) limites resultantes dos direitos da própria instituição; 2) limites derivados de direitos superiores à instituição; 3) limites acidentalmente resultantes do contrato de trabalho. MESQUITA, Luiz José de. *op. cit.*, p. 51- 62 – ver também o estudo de Alice Monteiro de Barros: “Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo”. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célso Goyatá*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, v. I, 1997. p. 557-76.

análise da graduação das penalidades, sendo que a jurisprudência vem se firmando no sentido de que não cabe controle quanto à graduação das penalidades aplicadas em virtude do exercício do poder disciplinar do empregador, o que importaria em retirar do empregador o poder de comando que a lei lhe confere<sup>79</sup>. Evaristo de Moraes Filho apresenta tese distinta, sustentando que a Constituição Federal assegura competência para apreciar e julgar qualquer espécie de matéria disciplinar, inclusive, analisando a dosagem da pena aplicada<sup>80</sup>.

Assim, caso as ordens dadas caracterizem o uso abusivo do poder de comando, o empregado pode recusar-se ao seu cumprimento. Esta situação se caracteriza sempre que as ordens forem contrárias à legislação, representarem obrigações não previstas no contrato de trabalho existente ou atentatórias à dignidade do empregado.

A prática de tais atos pelo empregador possibilita o exercício do direito de resistência (*jus resistendae*) pelo empregado. A resistência do empregado, todavia, poderá ser interpretada como ato de insubordinação pelo empregador, sendo passível de punição. Questionável, pois, falar-se em direito de resistência, uma vez que o empregado poderá necessitar recorrer à Justiça do Trabalho para vê-lo reconhecido, caso seja punido injustamente.

### **1.3.5. Despedida: direito potestativo do empregador?**

A despedida ou dispensa do empregado corresponde a um ato pelo qual o empregador, de forma unilateral, dá por finda a relação de emprego existente. Questiona-

---

<sup>79</sup> Ver estudo feito por MORAIS, José Murilo de. Poder hierárquico do empregador: poder disciplinar. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *op. cit.*, p. 577-81.

<sup>80</sup> MORAES FILHO, Evaristo de, MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. p. 277.

se, contudo, se a prática deste ato pelo empregador constitui o exercício de um poder ou de um direito subjetivo legítimo?

Sérgio Torres Teixeira leciona que:

o poder corresponde a um instrumento ou meio pelo qual se desempenha uma função, almejando alcançar determinada finalidade. Como tal, se encontra vinculado ao fim que visa atingir. [...] Necessariamente há, por conseguinte, um nexó entre o exercício do poder e o objetivo que lhe serve de alvo, este sendo a razão de ser daquele. Inexiste, assim, livre disponibilidade sobre o exercício do poder, pois o vínculo que o liga à sua finalidade específica condiciona toda a sua efetivação pelo seu titular<sup>81</sup>.

Martins Catharino ao analisar o que seja direito subjetivo, ensina que “o direito subjetivo tem em si sua própria finalidade, sendo completo, integral e auto-suficiente. Seu titular o comanda no seu próprio interesse, estando ligada a uma determinada relação jurídica (*iussum inter partes*). Exercido, alcança ou atinge outro sujeito”<sup>82</sup>.

O direito subjetivo representa uma permissão, assegurada em norma jurídica, para praticar ou deixar de praticar algo, de acordo com a vontade do seu titular. Revela, assim, uma autonomia que o diferencia do poder. O poder visa a uma finalidade específica em razão da qual é exercido, com o objetivo de satisfazer um interesse alheio a quem o exerce. Já o exercício de um direito subjetivo busca satisfazer o interesse do próprio titular, surgindo uma relação de causalidade direta e imediata entre a vontade do agente e o efeito buscado pela sua ação. O direito subjetivo é disponível, uma vez que pode ou não ser exercido pelo seu titular, que escolherá a oportunidade e razões para sua realização<sup>83</sup>.

A despedida praticada pelo empregador não visa atingir uma finalidade

<sup>81</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: L.Tr, 1998. p. 112.

<sup>82</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. p. 283.

<sup>83</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. *op. cit.*, p. 112.



alheia à vontade do mesmo. Por meio dela busca-se satisfazer a vontade resilitória do empregador. Assim, a dispensa unilateral praticada pelo empregador decorre de vontade sua, com o objetivo de atender interesse exclusivamente seu. Logo, não há a concretização de um poder, mas sim a realização de um direito subjetivo, cuja prática está autorizada em nossa legislação<sup>84</sup>.

Questiona-se, então, se este direito subjetivo constitui-se num direito potestativo ou num direito relativo?

Por direito potestativo se entende todo aquele que é exercido de forma unilateral pelo seu titular, sem que haja necessidade de manifestação de vontade da parte afetada pelo respectivo ato. Direito relativo seria aquele vinculado à vontade da parte adversa. Importante esclarecer que sob o ponto de vista legal todo direito é relativo, uma vez que seu exercício esta subordinado às diretrizes da lei. Não existe direito absoluto. Todos dependem da observância do previsto no ordenamento jurídico. A relatividade a que se refere aqui é a necessidade de manifestação da parte contrária e não à observação da legislação pertinente ao caso.

Assim, na opinião de Evaristo de Moraes Filho, a despedida se classifica “entre os atos jurídicos potestativos, isto é, dependem unicamente da vontade da parte denunciante, independente da aceitação, ou não da vontade da parte denunciada”<sup>85</sup>.

Outros autores, dentre eles Délio Maranhão<sup>86</sup> e Orlando Gomes, também

<sup>84</sup> José Martins Catharino afirma que “o poder é um meio, um instrumento vinculado, consistente no exercício de uma função para obtenção de um determinado fim. Assim: pátrio poder, poder tutelar, poder de representação, poder de estado. [...] quanto à despedida, resilição pelo empregador, é comum afirmar-se que resulta de um poder. Seria ato unilateral praticado no interesse de outrem: a empresa. Como já vimos, tal ainda não ocorre. O erro está na imposição irreal, inatural e programática do problema, pois a empresa, além de não ser sujeito, ainda não é grupo comunitário, real e personalizado. Pelo menos a do tipo capitalista, alicerçada na propriedade privada, cujo dono é quem despede, direta ou indiretamente, por simples mensageiro órgão ou representante seu, este, sim, exercendo poder de despedir”. CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. p. 283.

<sup>85</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr. 1996. p. 39.

<sup>86</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 571.

afirmam que o ato de despedida constitui-se no exercício de um direito potestativo. A legislação brasileira atribui ao empregador o direito de despedir o empregado, sem que haja manifestação do mesmo. A prática da dispensa independe, portanto, da vontade do empregado, o qual fica limitado a tomar conhecimento do ato e aceitar os seus efeitos, constituindo-se num direito potestativo do empregador. Existem situações, como a estabilidade e as garantias de emprego, que inibem ou limitam o exercício deste direito, mas não tem o condão de retirar a natureza potestativa do direito de despedir.

Antes de verificarmos os obstáculos legais existentes ao exercício deste direito potestativo do empregador, faz-se necessário fazer uma breve diferenciação das espécies de dispensa objetos deste estudo: dispensa sem justa causa e dispensa arbitrária.

### 1.3.6. Espécies de dispensa

A classificação das modalidades de dispensa por iniciativa do empregador se fundamenta no elemento ensejador da vontade patronal, conforme a existência ou inexistência de um motivo justificador.

A classificação adotada pela jurisprudência em despedida motivada e imotivada constitui uma impropriedade terminológica. Esta é a opinião de Romita, que afirma:

Errônea é a expressão 'despedida imotivada'. Não há despedida imotivada, despedida sem motivo: o empregador sempre sabe por que despede o empregado. [...] qualquer ato volitivo obedece a motivos; é motivado. Já o ato irracional é imotivado (ato de insano, do animal inferior). A despedida - ato voluntário do empregador, animal racional - é sempre motivada. Despedida imotivada é uma *contradictio in terminis* [...]<sup>87</sup>

<sup>87</sup> ROMITA, Arion Sayão. Proteção Contra a Despedida Arbitrária. In: *Trabalho & Processo*. São Paulo: Saraiva, jun. 1994. p. 4.

Toda dispensa é motivada. A efetivação da despedida pelo empregador sempre tem um fato gerador, uma causa, ainda que esta razão motivadora da vontade não seja manifestada. Esta causa pode ser decorrente de fatores objetivos (exemplo: uma falha cometida pelo empregado) ou subjetivos (exemplo: antipatia do empregador).

A divisão mais apropriada para a dispensa baseia-se na presença ou não de uma justa causa. A dispensa por justa causa ou dispensa com justa causa é aquela cujo motivo está tipificado pelo legislador como justificador da rescisão unilateral por vontade do empregador. Constitui uma violação de obrigação legal ou contratual do empregado para com o empregador. Esta não será analisada. Interessa ao presente estudo a dispensa *sem justa causa*.

#### **1.3.6.1. Dispensa sem justa causa**

Não havendo um motivo justificador da dispensa previsto em lei, ou seja, não havendo uma situação caracterizada como justa causa, esta recebe a denominação de despedida ou dispensa sem justa causa.

Nossa Constituição utiliza no artigo 7º, inciso I, a expressão *despedida arbitrária ou sem justa causa*. Seriam elas sinônimas? Certamente não, como se verá.

A dispensa sem justa causa é a rescisão unilateral do contrato de trabalho praticada pelo empregador, sem que haja qualquer pressuposto que configure uma falta tipificada como justo motivo, ou seja, sem uma justa causa. A razão que a fundamenta é de ordem subjetiva<sup>88</sup> ao passo que a despedida arbitrária está vinculada a inexistência de um fundamento de razão objetiva.

---

<sup>88</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 50.

### 1.3.6.2. Dispensa arbitrária

A dispensa arbitrária, por sua vez, é aquela que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, nos termos do artigo 165 da CLT. Amauri Mascaro Nascimento<sup>89</sup> acrescenta ainda que, para tornar o conceito mais completo deve-se incluir que não haja outra causa expressamente prevista em lei como justificadora da rescisão contratual. A dispensa arbitrária, pode-se concluir, é uma espécie de dispensa sem justa causa.

Na dispensa arbitrária não há qualquer justificativa razoável ou plausível que fundamente o ato do empregador, enquanto que na despedida sem justa causa pode haver uma razão subjetiva razoável, ainda que não tipificada como falta pela legislação.

Antônio Alvares da Silva, por sua vez, entende que o conceito de despedida arbitrária fornecido pelo artigo 165 da CLT é incompleto. Assim, argumenta ele que a dispensa será arbitrária se não se fundar em um dos seguintes fatores: a) motivos ligados ao empregado (aptidão, capacidade, conduta e outras atribuições ligadas à sua pessoa); b) motivos referidos à empresa/estabelecimento. Estes fatores são reconhecidos em todo o Direito comparado<sup>90</sup>.

Embora haja uma diferenciação do ponto de vista teórico, atualmente sob o ponto de vista de verbas rescisórias (no Brasil) ela inexistente, posto que sendo a despedida arbitrária ou sem justa causa, as repercussões sobre a relação de emprego tem sido idênticas, sendo assegurados os mesmos direitos aos empregados. Há situações, entretanto, que poderão dar direito a indenização por dano moral, quando restar comprovada a prática

<sup>89</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 55.

<sup>90</sup> SILVA, Antonio Alvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 235 – Apresenta a seguinte definição para dispensa não arbitrária: “é a que se baseia em motivos ligados à pessoa do empregado, ao seu comportamento e a causas relacionadas com a empresa-estabelecimento”. p. 233.

de despedida abusiva pelo empregador. Porém, em termos de direitos rescisórios, inexistente diferença prática.

O exercício do direito potestativo do empregador em resilir unilateralmente o contrato de trabalho do empregado, sem justa causa, entretanto, não constitui um direito absoluto. Como já mencionado anteriormente, sob o ponto de vista legal, o exercício de todo direito é relativo, ou seja, não pode ser exercido fora do previsto na lei, havendo requisitos que devem ser observados para que seja reconhecida a sua validade no mundo jurídico, como se verá adiante.

### 1.3.7. Despedida como ato jurídico

A definição legal do que seja ato jurídico consta do artigo 81 do Código Civil: “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir ou modificar, ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

Para Vicente Rao o ato jurídico consiste “na declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida direta e imediatamente à consecução dos resultados práticos, individuais e sociais, produzidos pelos efeitos que o ordenamento lhe confere”<sup>91</sup>.

Pelas definições<sup>92</sup> acima citadas fica evidente que a despedida praticada

<sup>91</sup> RAO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e accidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

<sup>92</sup> Quanto à conceituação do negócio jurídico, a doutrina não é pacífica, conforme o elemento considerado fundamental para sua definição. José Abreu analisa alguns aspectos da teoria do negócio jurídico, abordando as três correntes que buscam conceituá-lo, conforme o elemento considerado primordial, a saber: a) a dos voluntaristas, que considera o negócio jurídico como um ato derivado da vontade, uma ação do homem como sujeito de direito e de obrigações; b) a dos objetivistas, que incluem a vontade como pressuposto ou condição de validade para a consumação do negócio jurídico, mas dão ênfase à função desempenhada pelo mesmo e sua destinação, como instrumento da autonomia privada; c) a dos estruturalistas, que define o negócio jurídico pelo exame de todos os elementos que o compõem, não dando ênfase a um aspecto apenas. ABREU, José. Aspectos polêmicos da Teoria do Negócio Jurídico. In: OLIVEIRA, Antônio Carlos de, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.) *Estudos de Direito*. São Paulo: LTr, 1998. p. 71-4.

unilateralmente pelo empregador constitui-se num ato jurídico, posto que modifica e extingue uma relação contratual existente. Cabe, então, verificar que requisitos devem ser observados para o ato de despedida tenha validade jurídica.

Segundo o artigo 82 do Código Civil Brasileiro, para que um ato jurídico seja válido, há necessidade de que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei. Além disso, a declaração de vontade das partes não pode estar viciada por erro, dolo ou coação, para que seja eficaz.

Há nulidade do ato jurídico, ou seja, o ato jurídico praticado será considerado totalmente ineficaz, não produzindo qualquer efeito, invalidando-se desde a sua constituição, quando:

- a) for praticado por pessoa absolutamente incapaz;
- b) quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;
- c) quando não revestir a forma prescrita em lei;
- d) quando for preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para a sua validade;
- e) quando a lei taxativamente o declarar nulo.

O ato jurídico, por outro lado, pode ser anulável, ou seja, a pessoa interessada precisa solicitar a sua anulação, uma vez que o ato anulável pode ser ratificado pelas partes, tornando-o válido desde sua constituição:

- a) por incapacidade relativa do agente;
- b) por vício resultante de erro dolo, coação, simulação ou fraude.

A nulidade dos atos jurídicos pode ser, ainda, sob o ponto de vista da extensão, total ou parcial. Quando contamina todo o contrato, seria total, ao passo que quando somente algumas cláusulas são nulas, não invalida o vínculo. Este se mantém, uma vez que tais cláusulas não prevalecem por ferirem princípios tutelares da legislação do trabalho, que é de ordem pública e limita a autonomia de vontade das partes. Estas cláusulas são inoperantes, sendo substituídas automaticamente pelos preceitos tutelares da lei e inseridas no conteúdo do contrato de trabalho.

No Direito do Trabalho a capacidade absoluta é alcançada aos 18 anos, enquanto que para o Direito Civil, apenas aos 21 anos. O trabalhador poderá trabalhar a partir dos 16 anos de idade (artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal), embora haja incapacidade relativa, sendo que deverá, nesse caso, ser assistido por um representante legal, para que a contratação seja válida. Da mesma forma, o ato de quitação do contrato de trabalho só terá validade se for assistido por um representante legal, que complementarmente a manifestação de vontade do incapaz relativo (artigo 439 da CLT).

Em relação ao empregador a análise da capacidade não possui muita relevância, uma vez que este necessariamente deverá ser capaz civilmente para constituir uma empresa, seja como titular ou sócio da mesma, por exigência da própria legislação comercial. Contudo, se o ato de despedida for praticado por um representante (preposto), é necessário verificar se possuía poderes para esse fim, pois, do contrário, a despedida será imperfeita<sup>93</sup>.

Na relação individual de emprego, o objeto do direito é a entrega da energia pessoal do trabalhador. A relação de emprego se completa, com a colocação desta energia à disposição do empregador, mesmo que não seja utilizada. Dessa forma, o objeto da

---

<sup>93</sup> FIGUEIREDO, Antônio. Despedida. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célso Goyatá*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997. p. 518.

relação de emprego não pode, em si mesmo, ser ilícito. O que pode ocorrer é que o empregador, de acordo com o seu poder de direção, use-a para finalidades contrárias ao Direito<sup>94</sup>.

A legislação brasileira, como regra geral, não prescreve formalidades para a forma do contrato de trabalho, aceitando-o mesmo que pactuado de forma verbal. Poucos são os casos em que a lei exige contrato escrito, a saber: trabalho temporário, atleta profissional, técnicos estrangeiros e contrato por prazo determinado. A lei exige apenas que o consentimento das partes seja livre, expressando a sua manifestação de vontade sem qualquer vício. Já quanto à terminação da relação de emprego há aspectos formais a serem observados quando o empregado trabalhar a mais de um ano para o mesmo empregador. Nesse caso, há necessidade de que o pagamento dos seus direitos seja assistido por uma das autoridades competentes (enumeradas no artigo 477 da CLT). Caso seja maior de 16 e menor de 18 anos, deverá, ainda, para validade da quitação das parcelas pagas, ser assistido por um representante legal (artigo 439 da CLT). Os pagamentos deverão constar de termo de pagamento escrito (atualmente denominado de Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho), especificando a que título os valores foram pagos. Esta exigência decorre do fato de que pagamento não se presume, havendo necessidade de comprovação mediante recibo firmado pelo empregado.

Os pressupostos da teoria civilista das nulidades não se aplicam da mesma forma ao contrato de trabalho. A relação de emprego tem uma natureza especial, que não permite a retroatividade dos efeitos da decretação da nulidade. Segundo Orlando Gomes:

O princípio, segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz, não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insusceptível de restituição. [...] Porque a verdade é que a

---

<sup>94</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. p. 177.



retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador, como pondera De la Cueva, ao criticar a opinião de Hueck-Nipperdey. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual *trabalho feito é salário ganho*. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento um convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade<sup>95</sup>.

Outros autores preferem, ao analisar os efeitos do contrato nulo, assegurar ao trabalhador o direito aos salários, com base no princípio do *enriquecimento sem causa*.

Sendo o ato de despedida, portanto, praticado por agentes capazes e com a observância das exigências legais quanto à forma, há que ser reconhecido como válido.

Muito se discutiu acerca da necessidade da análise da causa ensejadora da prática do ato jurídico, que constituiria também um dos requisitos para sua validade. Vejam-se alguns destes aspectos.

### 1.3.8. Teoria da causa e a restrição da validade do ato jurídico

Aspecto interessante quanto à validade dos atos jurídicos no Direito do Trabalho está vinculada ao estudo da *causa* que dá origem aos atos praticados. A acepção comum do que seja causa está ligada à idéia de motivo, razão ou justificativa.

Para Francesco Carnelutti, “a causa do ato é o interesse que o agente procura com seu ato realizar. Tal interesse estimula a vontade por um mecanismo psíquico que pode assimilar-se à projeção da situação final em que o ato se resolve no mecanismo mental antes de realizar-se”<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 136-7.

<sup>96</sup> apud PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. p.180-81.

Causa pode ser definida, então, como a “razão individual intrínseca que move a vontade de cada sujeito, com vistas ao resultado futuro do contrato”<sup>97</sup>.

Segundo José Abreu<sup>98</sup> a causa do ato distingue-se dos motivos que levaram o agente a praticá-lo. Todo ato é motivado, ou seja, sempre há uma deliberação no plano psicológico. Este impulso, contudo, não tem importância jurídica<sup>99</sup>. A causa se caracteriza como a razão jurídica do fenômeno. “Na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além da realização do ato em si mesmo. [...] Mas sempre haverá distinguir da causa a motivação, pois que esta, mesmo ilícita, não chega a afetar o ato, desde que àquela não se possa irrogar a mesma falha”<sup>100</sup>.

A doutrina quanto ao estudo da causa dividiu-se em duas posições:

a) causalistas: dividem-se nas escolas subjetivista e objetivista. Para a corrente subjetivista a causa é a razão ou princípio que impele à prática do ato; é o fim imediato que determina a declaração de vontade; é a razão de ser da obrigação; é o motivo juridicamente suficiente que determina a vontade dos contraentes. Para os defensores da corrente objetivista, a causa pode ser vista como o escopo prático, ou razão econômico-jurídica do ato; relação econômica-social que une as partes, entre as quais o ato produz uma deslocação patrimonial; função econômica-social objetivada no próprio ato.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. p.181.

<sup>98</sup> ABREU, José. *Aspectos polêmicos da Teoria do Negócio Jurídico*. p. 75.

<sup>99</sup> Orlando Gomes afirma que “os motivos individuais são juridicamente irrelevantes, salvo quando a lei lhes atribui valor. O motivo típico, doutra parte, não é causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato. Mas esse fim não é o que cada contratante tem em vista pessoalmente quando contrata. [...] O que tem relevância para o Direito é o fim imediato, o motivo típico do contrato. Se alguém utiliza um contrato para alcançar fim que não pode ser conseguido por seu intermédio, ou para obter fim ilícito, diz-se que esse contrato é nulo por ter falsa causa ou causa ilícita”. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 55.

<sup>100</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 344-5.

<sup>101</sup> RAO, Vicente. *op. cit.*, p. 92-3.

b) anticausalistas: negam a sua relevância jurídica, por entenderem que está implícita nos elementos integrantes do negócio jurídico

está

O Direito Brasileiro filiou-se a corrente anticausalista, ao desconsiderar a causa como requisito do ato jurídico. “Assim é que, se no Direito Francês o ato é inválido por iliceidade de causa, no Direito Brasileiro a mesma ineficácia o atinge por iliceidade do objeto. Assim procedendo, o nosso Direito procurou simplificar a solução das questões, instilando maior segurança nos negócios, e recusando que, a pretexto de investigar a causa, alguém se exacerbe na busca dos motivos”<sup>102</sup>.

No Direito do Trabalho há necessidade de exteriorização da causa da rescisão contratual apenas quando a terminação da relação de emprego se dá por justa causa, ocorrendo uma das situações previstas no artigo 482 da CLT.

Como já afirmado anteriormente, todo ato de despedida é motivado, ainda que tal motivo seja de ordem subjetiva. Embora nossa legislação não tenha se filiado a corrente causalista, no Direito do Trabalho seria de enorme valor social se permanecesse vigente a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT<sup>103</sup>, que exige a existência de uma causa justificadora socialmente aceitável para que o ato de despedida seja válido. O direito potestativo do empregador passaria a ser restringido em benefício da sociedade. Não se lhe retira o direito, o que se exigiria seria a apresentação de uma justificativa.

<sup>102</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 347.

<sup>103</sup> O Brasil aprovou a Convenção 158 pelo Decreto Legislativo 68, de 16.09.1992. Em 05.01.1995 depositou a Carta de Ratificação junto ao Diretor Geral da OIT. Em 10.04.1996 foi promulgado o Decreto 1.855. A Convenção 158 entrou em vigor, no Brasil, em 05.01.1996. Em 20.11.1996 o Brasil registrou na Repartição Internacional do Trabalho a denúncia da Convenção 158 da OIT. Discutiu-se muito acerca da constitucionalidade desta Convenção, havendo posições antagônicas. A posição mais acertada me parece ser a de Arnaldo Süssekind, que defende a constitucionalidade formal e material da Convenção 158. O ato de denúncia da convenção fere princípios de Direito Internacional, merecendo atenção dos defensores do Direito do Trabalho. Ver artigos da Revista Trabalho e Doutrina n. 11, de dezembro de 1996, em que Arnaldo Süssekind defende a constitucionalidade da convenção 158 da OIT.

Enquanto tal posicionamento é alvo de debates, necessário se analisar a proteção existente contra o término da relação de emprego por iniciativa do empregador.

## **CAPÍTULO 2**

### **DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO**

## 2.1. Considerações iniciais

Para quem analisa o Direito do Trabalho contemporâneo fica evidente o seu caráter tutelar, posto que constituído de diversas normas que visam a proteger o empregado, considerado hipossuficiente perante o empregador. Assim o é em relação à terminação da relação de emprego, em que a legislação brasileira dispõe sobre quais direitos são assegurados e que formalidades devem ser observadas.

Os princípios juslaboristas, sobretudo o da continuidade da relação de emprego, repudiam a sua terminação por iniciativa do empregador sem a existência de uma justa causa. Este direito de despedir, conforme já analisado anteriormente, não é absoluto, havendo restrições na legislação ao seu exercício. O legislador previu medidas de controle legal, para compensar o trabalhador em relação ao poder diretivo do empregador. Tais medidas podem ser divididas em duas categorias, a saber: inibitórias e restritivas.

As medidas inibitórias consistem na indenização compensatória<sup>104</sup> (composta, atualmente, pelas parcelas do aviso prévio e da multa de 40% dos depósitos devidos para o FGTS). Visam onerar a prática da dispensa sem justa causa, com o objetivo de dissuadir o empregador. Elas não impedem a terminação da relação de emprego, sendo por este motivo denominadas de sistema de estabilidade imprópria. Tais medidas constituem-se numa limitação de ordem financeira, dificultando mas não impedindo a rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, que poderá fazê-la caso tenha os recursos financeiros necessários para o pagamento da indenização.

As medidas restritivas se referem às diversas modalidades de estabilidade e garantia no emprego e proíbem a dispensa do empregado ante a inexistência de justo

---

<sup>104</sup> Das parcelas que compõem a indenização compensatória, certamente o 'aviso prévio' é a que se originou primeiro. No Brasil, já constava do Código Comercial de 1850 (artigo 81) e também do Código Civil de 1916 (artigo 1221). NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 531.

motivo, legalmente reconhecido. Constituem o que se denomina de sistema de estabilidade própria. Tais medidas restringem juridicamente o exercício do direito de despedir do empregador, vedando sua prática quando presentes determinados pressupostos.

Os sistemas de estabilidade imprópria (medidas inibitórias) e estabilidade própria (medidas restritivas) constituem-se numa restrição social e jurídica do direito potestativo do empregador em resilir unilateralmente o contrato de trabalho.

Nossa legislação prevê atualmente medidas inibitórias e restritivas que buscam dar alguma proteção à relação de emprego contra o direito potestativo do empregador em resilir unilateralmente o contrato de trabalho. Nem sempre foi assim, merecendo ser analisada a evolução ocorrida até chegar-se ao sistema normativo vigente.

Constituirão objeto do presente estudo a verificação dos dispositivos legais existentes que buscam proteger a relação de emprego contra a despedida sem justa causa por iniciativa do empregador, sendo que será dada maior importância nos aspectos relacionados aos contratos por prazo indeterminado.

## **2.2. Evolução histórica**

Dentre as medidas que buscaram proteger a relação de emprego contra a despedida, a primeira norma que determinou uma restrição a terminação da relação de emprego entre particulares<sup>105</sup> foi a chamada Lei Eloy Chaves<sup>106</sup>, Decreto Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, que reconheceu aos ferroviários o direito a estabilidade

---

<sup>105</sup> Para os servidores públicos a legislação que reconheceu o direito ao sistema de estabilidade própria é anterior a 1915.

<sup>106</sup> Em 1926 a estabilidade foi estendida aos empregados das empresas de navegação marítima ou fluvial e às de exploração de portos, pela Lei 5.109. Em 1930, pelo Decreto 20.465, se reconheceu o direito aos empregados de empresas de serviços de transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafo, portos, águas e esgotos. Em 1932 o Decreto 22.096 estendeu a estabilidade aos serviços de mineração. Em 1934, o Decreto 24.615 que instituiu o Instituto de Previdência dos Bancários reconheceu a estes o direito a estabilidade, porém, o tempo para aquisição do direito era de apenas dois anos. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 688.

após dez anos de serviços efetivos, os quais só poderiam ser dispensados no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo.

No plano constitucional, foi a Constituição de 1934 a primeira a trazer em seu texto norma que visava a proteção da relação de emprego<sup>107</sup>. Ela introduziu em nosso ordenamento jurídico o direito do empregado em receber uma indenização compensatória<sup>108</sup> caso fosse dispensado sem justa causa. Este direito foi regulamentado pela Lei n. 62, de 5 de junho de 1935, alcançando os empregados da indústria e do comércio, assegurando-lhes o pagamento de uma indenização equivalente a um mês de salário para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de tempo de serviço<sup>109</sup>. Esta lei também criou um espécie de estabilidade jurídica no emprego, ao assegurar que os empregados com mais de 10 anos só poderiam ser dispensados se fosse comprovada falta grave, apurada em procedimento administrativo formal (artigo 10). Dispôs, ainda, sobre a terminação dos contratos com prazo determinado e elencou os motivos que caracterizariam justa causa para a rescisão contratual.

A Constituição de 1937 também fez referência à proteção da relação de emprego, constando em seu texto a possibilidade do legislador infraconstitucional instituir o direito a indenização compensatória<sup>110</sup>, mas não reconheceu explicitamente o direito a

<sup>107</sup> O artigo 121, parágrafo 1, alínea g, estabelecia que a legislação do trabalho estipularia uma indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa.

<sup>108</sup> Diversas teorias tentam explicar a natureza jurídica da indenização compensatória por tempo de serviço, também denominada de indenização por antiguidade, merecendo destaque as seguintes teorias: teoria do salário diferido, teoria da pena, teoria do crédito, teoria do prêmio, teoria do risco profissional, teoria do abuso de direito, teoria do ressarcimento de dano e teoria previdenciária. A doutrina tem posições divergentes. Embora não constitua objeto deste trabalho esta análise, pela própria nomenclatura utilizada pelo constituinte, segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk, a teoria mais adequada para explicar a natureza jurídica da indenização seria a do ressarcimento de dano. GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 511-4.

<sup>109</sup> Dispunha a Lei 62 de 1935:

Artigo 1. É assegurado ao empregado da indústria ou do comércio, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho, e quando for despedido sem justa causa, o direito de haver do empregador um indenização paga na base do maior ordenado que tenha percebido da mesma empresa.

Artigo 2. A indenização será de um mês de ordenado por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração superior a seis meses. Antes de completo o primeiro ano, nenhuma indenização será exigida.

<sup>110</sup> Artigo 137, alínea f: A legislação do trabalho observará, além de outros os seguintes preceitos: f - nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço.



estabilidade. Por outro lado, o § 2º do *caput* do art. 136 demonstra uma grande preocupação do legislador da época com a manutenção da relação de emprego: “a todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa”.

O direito em receber uma indenização em caso de dispensa sem justa causa, só viria a ser reconhecido para outras categorias de empregados, além dos industriários e comerciários, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1943).

A CLT estendeu o direito à indenização, em caso de dispensa sem justa causa após um ano de serviço, a todos os empregados urbanos, excluindo, contudo, os domésticos, os rurais e os empregados públicos. Também assegurou o direito a indenização em casos que a Lei n. 62 de 1935 excluía, como em caso de dispensa em virtude da supressão da atividade empresarial ou fechamento de estabelecimento, filial ou agência, sem ocorrência de força maior e no encerramento do negócio por motivo de morte do empregador pessoa física. O valor da indenização permaneceu o mesmo previsto pela Lei n. 62 de 1935.

Entre os avanços na proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa, pela CLT se reconheceu a todos os empregados urbanos (exceto o doméstico, o rural, o empregado público, o empregado em consultório ou escritório profissional, os exercentes de cargo de confiança)<sup>111</sup> o direito a aquisição de estabilidade após dez anos de serviço efetivo para o mesmo empregador<sup>112</sup>, sendo possível a sua dispensa somente em

---

<sup>111</sup> A CLT reconheceu o direito a estabilidade àqueles que ela considerava como empregados urbanos típicos, com as exclusões acima citadas, com base nas disposições dos artigos 507 e 499 da CLT. Também não terão o direito à aquisição de estabilidade os técnicos estrangeiros, com base em disposição do Decreto-Lei n. 691, de 18 de julho de 1969.

<sup>112</sup> O artigo 492 assim dispõe: “O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada”.

virtude de prática de falta grave, nos termos previstos na legislação<sup>113</sup>, ou por motivo de força maior, caso em que seria garantida uma indenização por rescisão de contrato por prazo indeterminado, sendo, contudo, paga em dobro<sup>114</sup>.

A Constituição de 1946 procurou ampliar a estabilidade ao estabelecer em seu artigo 157, inciso XII que a legislação trabalhista deve assegurar aos empregados “estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir”.

O legislador infraconstitucional não regulamentou este direito, permanecendo em vigor as disposições da CLT pertinentes à terminação da relação de emprego, praticamente sem alterações de 1943 até 1966. Com a promulgação da Lei n. 5.107 de 13.09.1966, que introduziu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, houve uma profunda modificação no sistema de proteção da relação de emprego. Pelo novo sistema, acabava a possibilidade de aquisição de estabilidade no emprego. O empregado teria que optar pelo sistema do FGTS ou pelo sistema da CLT. Com a opção pelo FGTS, a empresa depositaria em conta vinculada em nome do empregado a quantia de oito por cento da remuneração percebida pelo empregado no mês anterior, sendo que estes valores ficariam sujeitos a juros e correção monetária. Ao optar pelo FGTS renunciava automaticamente a possibilidade de vir a adquirir a estabilidade decenal. Para os empregados que já haviam adquirido o direito a estabilidade decenal, a opção pelo FGTS importava em sua renúncia.

---

<sup>113</sup> Dispõe o artigo 493 da CLT: “Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o artigo 482, quando por sua repetição ou natureza representam séria violação dos deveres e obrigações do empregado”. O artigo 482 da CLT enumera as hipóteses de configuração da justa causa para resolução (nomenclatura correta segundo Délio Maranhão) do contrato de trabalho. Estas faltas devem ser apuradas em procedimento perante a Justiça do Trabalho, denominado de “Inquérito para apuração de falta grave”, que constitui aspecto formal essencial para que a dispensa possa ser efetivada e tenha validade, conforme disposição dos artigos 494 e 853 a 855 da CLT.

<sup>114</sup> Conforme disposição do artigo 497 da CLT: “Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro”.

Em decorrência da não edição de lei regulamentando o direito à estabilidade, esta continuou alcançando somente o empregado urbano. O empregado rural, apesar do reconhecimento do direito na Constituição, só veio a ter reconhecido este direito com a edição do Estatuto do Trabalhador Rural, pela Lei 4.214/63. Esta lei, contudo, apesar de reconhecer o direito, não garantiu sua efetividade, pois facultava ao empregador o pagamento de indenização ao empregado em caso de decisão judicial concedendo a reintegração, caso não concordasse com a mesma, ou seja, mesmo estável o empregado poderia ser dispensado com o pagamento da indenização.

Para os optantes pelo FGTS, em caso de dispensa sem justa causa, foi modificada a sistemática do cálculo da indenização compensatória. Assim, para o período posterior a opção, a indenização corresponderia a dez por cento do montante dos depósitos devidos para o FGTS, acrescidos de juros e correção monetária. Além disso, o empregado poderia sacar de sua conta vinculada os valores depositados pela empresa, acrescidos de juros e correção monetária. Caso houvesse tempo de serviço anterior à opção a indenização compensatória deste período seria calculada pela sistemática da CLT, com um salário por ano ou fração superior a seis meses.

O sistema do FGTS conviveu com a sistemática de proteção da relação de emprego prevista na CLT praticamente sem alterações no período de 1967 a 1988. Com a promulgação, em 05 de outubro de 1988, da nova Constituição Federal, o FGTS passou a abranger todos os empregados urbanos e rurais, constituindo-se num direito dos mesmos, conforme disposição expressa do art. 7º, inc. III. Acabava a opção entre o regime do FGTS ou da CLT e a possibilidade de aquisição de estabilidade para o não optante. O FGTS<sup>115</sup> passou a ser o único regime. A Constituição de 1988 pôs um fim ao sistema de estabilidade

---

<sup>115</sup> A Lei 5.107/66 que instituiu o FGTS foi alterada pela Lei 7.839 de 12 de outubro de 1989 e, posteriormente revogada pela Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. A Lei 8.036/90 é a lei que rege o sistema do Fundo de Garantia atualmente, sendo que foi regulamentada pelo Decreto 99.684/90.

decenal, apenas mantendo alguns casos de estabilidade provisória, que serão objeto de estudo em seção à parte.

A nova Constituição resguardou o direito adquirido dos não optantes em relação ao período anterior a 05.10.1988, contudo, transformou o FGTS no único regime após a sua promulgação. Entre as alterações relacionadas à indenização devida em caso de despedida, a Carta de 1988 aumentou em quatro vezes a indenização do FGTS (art. 10, inc. I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), passando de 10% para 40%, até que seja promulgada a lei complementar que trata da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no art. 7º, inc. I.

Apesar de representar um duro golpe no sistema de manutenção da relação de emprego, com o fim da possibilidade de aquisição de estabilidade no emprego, a Constituição de 1988 representou avanços para a classe trabalhadora ao reconhecer novos direitos e ao elevá-los ao nível constitucional. Entre estes aspectos positivos pertinentes ao estudo em questão, pode-se ressaltar que foi elevada a nível de direito fundamental, incluída entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, no artigo 7º, inciso I, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Esta proteção, contudo, ficou vinculada à edição de lei complementar, suprida, temporariamente, pelas disposições contidas no artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Infelizmente já decorreu um grande lapso de tempo desde a promulgação da Constituição e, ainda, não foi elaborada a lei complementar necessária a regulamentação deste direito constitucional fundamental do trabalhador empregado.

### 2.3. Necessidade de intervenção do Estado

No Direito Privado prevalece a regra de que é possível se fazer tudo aquilo que não seja proibido pelo Ordenamento Jurídico, ou seja, se reconhece liberdade ampla as partes para contratarem.

O Direito do Trabalho, contrariando este princípio do Direito Privado, tem restrições a essa possibilidade de livre manifestação de vontade das partes, havendo limitações aos atos de vontade, com fundamento em interesses da sociedade, que se entende estarem acima dos interesses dos próprios contratantes.

A limitação dos atos de vontade das partes tem sua origem no próprio surgimento do Direito do Trabalho, quando o Estado, ao verificar os abusos praticado pelos empregadores da época, constatou a necessidade de intervir nessa relação, fixando normas que minorassem os problemas decorrentes da desigualdade social existente<sup>116</sup>.

No Estado Liberal vigia o princípio da igualdade jurídica das partes, inclusive na área trabalhista. Esta igualdade jurídica, porém, não constituía uma igualdade de fato. O empregador e o empregado eram desiguais, sobretudo, sob o ponto de vista econômico. Os detentores dos meios de produção dispunham das coisas e dos trabalhadores, que se sujeitavam a jornadas de trabalho prolongadas (superiores a 12 horas) para conseguirem sobreviver ou não obtinham trabalho.

Evaristo de Moraes Filho analisa esta situação de forma bastante enfática,

---

<sup>116</sup> Plá Rodriguez afirma que "Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas. O legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades. Como dizia Couture: 'o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades' ". PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 5. tir. São Paulo: LTr, 1997. p. 30.

concluindo pela necessidade de uma intervenção do Estado na relação de emprego, visando compensar o poder patronal, ao afirmar que: “No contrato de trabalho, tremendamente desigual, cujo exercício continuativo é a própria razão de existir do empregado que vive exclusivamente do salário auferido desse contrato, deixar que as coisas continuassem entregues à livre manifestação das partes seria o mesmo que assistir tranqüilamente ao extermínio de toda uma classe social, no caso, a dos trabalhadores dependentes”<sup>117</sup>.

O Tratado de Versalhes, de 1919, representa um importante marco histórico para o Direito do Trabalho. Por meio dele buscou-se o estabelecimento de algumas diretrizes universais, que constituiriam regras mínimas a serem observadas pelos países membros da OIT quanto às relações entre empregados e empregadores. Se davam os primeiros passos para o advento da legislação social-trabalhista, com o qual o Estado romperia com o dogma do *laissez faire, laissez aller*, passando a reconhecer a desigualdade do trabalhador frente ao empregador, com a necessidade de definição de normas para proteção do empregado<sup>118</sup>.

Por meio de um longo processo (inclusive com o preço de algumas vidas) é que a postura liberal foi abandonada, reconhecendo o Estado a necessidade de intervir na relação de emprego, com o objetivo de diminuir a desigualdade existente entre empregador e empregado. As pressões das reivindicações dos trabalhadores, aliada aos reflexos trazidos pela revolução industrial determinaram o surgimento das primeira normas reguladores do trabalho<sup>119</sup>. O Estado passava a reconhecer o empregado como hipossuficiente, regulamentando direitos, dentre os quais pode-se citar a limitação do direito de despedir do empregador, com a criação do aviso prévio e da indenização

---

<sup>117</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 62.

<sup>118</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *A globalização da economia e o Direito do Trabalho*. p.43.

<sup>119</sup> SILVA, Carlos Alberto Barata. *Compêndio de Direito do Trabalho*. p.37.

compensatória pelas perdas ocasionadas ao empregado dispensado.

Veja-se alguns destes aspectos relacionados com as formas adotadas pela legislação para a proteção da relação de emprego.

#### **2.4. Formas adotadas pela legislação para a proteção da relação de emprego**

Como já mencionado anteriormente, o legislador pátrio previu normas que buscam restringir o exercício do direito potestativo do empregador em terminar a relação de emprego, que constituem as denominadas normas inibitórias e restritivas, que serão analisadas adiante.

A relação de emprego constitui-se num pacto de trato sucessivo e com caráter *intuitu personae* em relação à pessoa do empregado. Como regra geral, as consequências de sua terminação de forma abrupta, por iniciativa do empregador, acabam prejudicando apenas o empregado, posto ser o trabalho sua única fonte de renda. Amparado nesta lógica é que surgiu o princípio<sup>120</sup> da continuidade da relação de emprego. Este princípio visa assegurar a permanência do negócio jurídico existente entre o empregado e o empregador.

##### **2.4.1. Princípio da continuidade**

Para analisar-se este princípio, importante verificar-se inicialmente que a relação de emprego não se esgota de forma instantânea, ou seja, pressupõe uma vinculação que se prolonga. Constitui uma de suas características o fato de ser de trato sucessivo.

---

<sup>120</sup> Plá Rodríguez apresenta a seguinte noção para os princípios do Direito do Trabalho: “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Principios de Direito do Trabalho*. p. 16.

Continuidade está ligada à idéia de algo que perdura, que se prolonga, que se mantém com o tempo, que continua. Esta é a idéia que se busca invocar com o princípio da continuidade<sup>121</sup>.

A continuidade da relação de emprego é conveniente tanto para o empregador como para o empregado. Para o empregado constitui uma necessidade, porque fonte de sua subsistência, através do salário pago pelo serviço prestado. Para o empregador, porque lhe traz a tranquilidade de poder contar com a força de trabalho do empregado, canalizando-a para os fins da empresa.

Quanto maior o tempo de serviço numa empresa, maior a experiência do empregado, uma vez que seu aprendizado é contínuo. Deste modo, melhor será o seu desempenho, uma vez que estará melhor adaptado aos métodos de produção e ao regulamento da empresa, o que resultará certamente maior produtividade e qualidade. Além disso, é de se esperar que haja uma convivência mais harmoniosa com o passar do tempo, numa relação de colaboração amparada no princípio da boa-fé<sup>122</sup>.

Todos estes fatos acima enunciados evidenciam que, como regra geral, não há interesse por parte do empregador ou do empregado no rompimento da relação de emprego, sendo desejável a sua continuidade. Para o empregador é interessante poder contar com a experiência do trabalhador. Para o empregado, a permanência constitui uma segurança para a sua subsistência. Este fato pode ser constatado na realidade de diversos exemplos, com empregados adquirindo o direito à aposentadoria com tempo de serviço prestado apenas para a mesma empresa.

---

<sup>121</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Principios de Direito do Trabalho*. p. 140.

<sup>122</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Principios de Direito do Trabalho*. p. 139-41.



Francisco Meton Marques de Lima<sup>123</sup> retrata bem esta idéia ao afirmar que “o empregado sabendo que terá garantia no emprego e ascensão funcional, desde que desempenhe com zelo sua função, terá mais interesse pela empresa, a ela se dedicando como uma parte do seu patrimônio, nela vendo mais do que um simples *ganha-pão*. A rotatividade de padrões desperta no trabalhador uma desconfiança no capital, um desamor ao trabalho, motivo pelo qual ele não se interessa pelo que está fazendo: trabalha só para ganhar o pão”.

Amparada nessas concepções é que surgiu o instituto da estabilidade, visando assegurar a continuidade da relação de emprego, após terem sido preenchidos determinados requisitos. Este instituto será analisado adiante.

Plá Rodriguez<sup>124</sup> ressalta seis situações<sup>125</sup> que evidenciam o verdadeiro alcance do princípio da continuidade, reconhecidas pelo Direito do Trabalho e que almejam proteger o trabalhador empregado, a saber:

- 1) preferência pelos contratos de duração indefinida;
- 2) amplitude para a admissão das transformações do contrato;
- 3) facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido;

<sup>123</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1997. p. 101-2.

<sup>124</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. p. 143.

<sup>125</sup> Francisco Meton Marques de Lima, por sua vez, aponta os seguintes aspectos, existentes na legislação nacional, que reforçam o princípio da continuidade: a) a regra do contrato por tempo indeterminado, consequentemente a restrição do contrato por tempo certo; b) o aproveitamento do contrato que tenha cláusulas nulas, bastando afastar as últimas; c) a adoção da despersonalização do empregador; d) a permissão legal de várias hipóteses de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, sem prejuízo do liame empregatício; e) permissão de ampla transformação do contrato originário; f) a prorrogação por mais de uma vez do contrato por tempo certo torna-o por tempo indeterminado; g) o contrato que suceder a outro por tempo certo no curso de seis meses considera-se por prazo indeterminado; h) indenização em caso de despedida imotivada; i) criação de diversas formas de estabilidade; j) reintegração do empregado estável despedido sem justa causa. LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. p. 103-4.

4) resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal;

5) interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e

6) manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.

Analizando de forma sucinta o alcance do princípio da continuidade, afirma Plá Rodriguez<sup>126</sup> que “a continuidade se sobrepõe à fraude, à variação, à infração, à arbitrariedade, à interrupção e à substituição”, ou seja, a regra deve ser a manutenção da relação de emprego, apesar de irregularidades que possam ocorrer no seu transcurso. Todas as situações enumeradas destinam-se a assegurar a continuidade da relação de emprego. Somente quando for inviável a permanência do empregado na empresa ou quando a gravidade dos fatos não permitir seu saneamento é que a relação deve ser terminada. Tudo deve ser feito para mantê-la.

Com base no princípio da continuidade da relação de emprego, cabe ao empregador provar o pedido de demissão do empregado ou o abandono de emprego, bem como se não houve vício de consentimento, uma vez que há uma presunção *juris tantum* da continuidade da vinculação de emprego<sup>127</sup>.

É correto afirmar, contudo, que o Direito do Trabalho não engessou o contrato de trabalho, havendo situações que permitem a sua terminação, que será objeto de estudo em seção adiante. O que se quer enfatizar, neste momento, é a importância da manutenção da relação de emprego, sobretudo, se for considerado o altíssimo nível de desemprego que assola o mundo todo, seja o nosso Brasil, sejam os países desenvolvidos.

---

<sup>126</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. p. 143.

<sup>127</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. p. 100.

Por isto a importância de se limitar a faculdade de despedir sem justo motivo pelo empregador.

A evolução (se é que assim se pode denominar) do Direito do Trabalho, contudo, está indo contra o princípio da continuidade da relação de emprego, sendo a tendência atual em relativizar tal princípio, que vai sendo substituído pelo *princípio da justificação da terminação do contrato*<sup>128</sup>. Em vez da garantia no emprego é assegurada a proteção apenas contra a despedida abusiva, ou seja, a despedida passa a ser aceita normalmente, desde que haja um motivo socialmente justificável. Esta é a posição adotada pela OIT através da Convenção 158, que permite a dispensa de empregado desde que configurado um dos motivos considerados como socialmente aceitáveis, entre eles, por exemplo, uma falta disciplinar, inovação tecnológica, dificuldade financeira da empresa. O empregador deve provar o justo motivo para poder dispensar o empregado, sob pena de ser condenado a reintegrá-lo no emprego ou condenado ao pagamento de indenização compensatória. A estabilidade deixa de existir, havendo, contudo, uma restrição ao direito do empregador em resilir unilateralmente a relação de emprego.

A continuidade da relação de emprego traz reflexos positivos para a sociedade, uma vez que oferece segurança aos empregados. Os salários percebidos movimentam o mercado, representando mais consumidores com dinheiro no bolso. A insegurança quanto à permanência no emprego é fator de desmotivação e desconfiança para o empregado. Importante, portanto, buscar conciliar os interesses dos empregados com o dos empregadores, evitando polarizações e posições extremadas.

O princípio da continuidade da relação de emprego, apesar de enfraquecido pela tendência acima apontada, ainda sobrevive, manifestando-se, sobretudo, nas hipóteses

---

<sup>128</sup> CAMINO, Carmen. *op. cit.*, p. 288.

existentes de estabilidade e garantia no emprego, analisadas na seções que seguem.

#### 2.4.2. Estabilidade

A estabilidade pode ser analisada sob dois aspectos: o econômico e o jurídico. Sob o ponto de vista econômico, seria o direito ao pleno emprego, atendendo ao valor social do trabalho, que constitui um dos fundamentos da República, conforme consta do artigo 1º, inciso IV, da Constituição. Sob o ponto de vista jurídico, seria o direito do empregado em manter-se no emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo a superveniência de situação prevista na lei, que autorize a sua dispensa. Seria a denominada estabilidade no emprego. Este estudo não tratará da estabilidade do emprego, vinculada a política voltada ao pleno emprego, mas sim analisará a estabilidade no emprego, ou seja, o enfoque será jurídico<sup>129</sup>.

Para Oscar Ermida Uriarte estabilidade é “la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de justa causa expresamente prevista”<sup>130</sup>.

A proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa tem na estabilidade seu mecanismo mais adequado. Ao se restringir o direito de despedir do empregador, exigindo-se que haja um motivo justo para a sua prática o empregado tem assegurada a manutenção de seu emprego, caso não pratique ato previsto na legislação como justificador da sua dispensa. É o denominado sistema de estabilidade própria, ou seja, o empregado tem assegurado seu emprego até adquirir o direito a aposentadoria ou

<sup>129</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 524-5.

<sup>130</sup> apud MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. p. 13 – tradução livre do texto citado: estabilidade é “a garantia de permanência no emprego assegurada a certas espécies de empregados, consistente na impossibilidade jurídica de ser despedido, salvo a existência de justa causa expressamente prevista”.

até o momento em que pretenda mudar de emprego por iniciativa própria. Poderá, contudo, haver a dispensa com o pagamento da indenização devida, por exemplo, em caso de força maior ou fechamento do estabelecimento. Também o empregado poderá pedir demissão do emprego, não mais pretendendo trabalhar para aquele empregador. Como já analisado anteriormente, o vínculo existente entre as partes não é eterno, o que constitui um dos fundamentos do direito de dar por findo a relação de emprego, tanto por parte do empregador quanto do empregado. A estabilidade é assegurada numa situação de continuidade das atividades da empresa. Amauri Mascaro Nascimento explicita bem a idéia de estabilidade ao afirmar que “estabilidade é defesa contra a dispensa”<sup>131</sup>.

A estabilidade plena<sup>132</sup> veda o direito de rescisão unilateral da relação de emprego pelo empregador, que fica impossibilitado juridicamente de dispensar o empregado. Ainda que o empregado pratique ato tipificado como justa causa, a dispensa só poderá ocorrer mediante ação judicial proposta pelo empregador, cuja decisão decretará a resolução<sup>133</sup> da relação de emprego.

Uma das características do sistema de estabilidade própria<sup>134</sup> é a consequência prevista na legislação para a sua violação. Praticado ato pelo empregador que contrarie a legislação, o empregado estará legitimado a pleitear judicialmente a declaração

<sup>131</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 53.

<sup>132</sup> O sistema de estabilidade própria comporta a estabilidade plena, ou seja, aquela que o empregado só perde mediante decisão judicial, e a estabilidade provisória ou garantia no emprego, com duração vinculada a determinado fato ou evento.

<sup>133</sup> Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk resolução é “a dissolução do contrato em consequência de inexecução por parte de um dos contratantes, por sua culpa, ou não. O que caracteriza esse modo de dissolução dos contratos, nas legislações que seguem o sistema francês, é a necessidade do pronunciamento judicial. Nenhum contrato se resolve de pleno direito. A faculdade de resolução há de ser exercida, pois, mediante ação judicial, mesmo que o contrato contenha cláusula resolutiva expressa. Ela traduz o exercício de um poder vinculado, ao contrário da faculdade de rescisão ou rescisão, que representa o exercício de um poder discricionário. Assim, sendo, a resolução do contrato de trabalho só se verifica quando o empregado se acha em gozo de estabilidade no emprego. Nessa hipótese única o empregador só pode resolver o contrato mediante a propositura de ação própria, sob a forma de inquérito, para comprovar a inexecução culposa do contrato pelo empregado. Se o conseguir, a sentença judicial dissolverá o contrato”. GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 398-9.

<sup>134</sup> Ernesto Krotoschin considera que a estabilidade em sentido próprio possui limites materiais (além dos temporais), cujos efeitos são mais severos. Daria ao empregado o que se chamou de “direito do trabalhador ao emprego”, considerando o emprego como um patrimônio. KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Roque Depalma, v. I, 1955. p. 518-20.

de sua nulidade, com a determinação de sua reintegração no emprego e o restabelecimento de seu contrato. Somente quando seja considerado inviável a continuidade da relação de emprego, em decorrência de incompatibilidade existente entre o empregado e o empregador é que a reintegração poderá ser convertida em indenização. A regra, porém, é a reintegração, que retrata o espírito da estabilidade.

Até o advento da Constituição de 1988 era possível ao empregado adquirir o direito a estabilidade após dez anos de serviço efetivo para o mesmo empregador, caso não optasse pelo sistema do FGTS, alcançando a denominada estabilidade decenal. A dispensa do empregado estável só poderia ocorrer mediante inquérito judicial, que constatasse ter ele praticado um ato considerado falta grave. O sistema do FGTS, contudo, apesar de ser optativo, na prática tornou-se obrigatório. Ou o empregado concordava em optar pelo FGTS ou não conseguia emprego. Assim, a escolha estava entre o desemprego e o trabalho como optante pelo FGTS, sem direito a estabilidade.

Com a Constituição de 1988, o sistema de FGTS passou a ser o regime único dos empregados, sepultando o sistema de estabilidade decenal. Restaram ainda algumas hipóteses de estabilidade provisória, que serão analisadas adiante, e foi assegurado o direito adquirido dos empregados que já tivessem alcançado o direito à estabilidade como não optantes, por terem cumprido o interstício de tempo necessário a aquisição do direito. Na prática, se assegurou a estabilidade apenas para uma parcela de empregados rurais<sup>135</sup>, posto que a maioria absoluta dos trabalhadores urbanos tinha que optar pelo sistema do FGTS para conseguir o emprego.

---

<sup>135</sup> O empregado rural teve reconhecido o direito à estabilidade pelo Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214/63. A Lei 5.889 de 08 de junho de 1973 disciplinou a relação de emprego rural, estendendo ao empregado rural o direito a estabilidade decenal, reconhecendo a aplicação dos artigos 492 e seguintes da CLT. Assim, em 05.10.1988, como regra geral, apenas os empregados rurais, contratados após 08.06.1973 que tivessem mantido seu contrato de trabalho com o mesmo empregador por 10 anos, tinham assegurada a estabilidade. Os empregados urbanos eram na maioria absoluta optantes pelo FGTS.

#### 2.4.2.1. Estabilidade pela via negocial

A Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 7º, inciso XXVI, que constitui direito dos trabalhadores urbanos e rurais o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

As convenções são firmadas entre os sindicatos dos empregados e dos empregadores e os acordos entre empresas e sindicato da categoria. Constituem instrumento legítimo para negociação de condições de trabalho, podendo fixar condições mais favoráveis ao empregado que aquelas previstas na lei, entre estas a proteção da relação de emprego, com o reconhecimento de estabilidade após preenchidos determinados requisitos ou outras formas de garantias no emprego. Parece que este dispositivo poderá ser um dos poucos instrumentos para a obtenção de alguma forma de estabilidade definitiva no emprego, uma vez que a legislação atual é omissa.

Além da negociação coletiva, ainda resta, no plano teórico, a possibilidade de aquisição de estabilidade pela negociação individual e através de decisões proferidas em sentenças normativas proferidas pelos tribunais do trabalho em dissídios coletivos. É fato incontestável, todavia, que estas hipóteses não interessam à classe patronal, que busca a maior flexibilização das normas trabalhistas, para não dizer desregulamentação, tendo como objetivo principal a maximização do lucro.

#### 2.4.3. Garantias no emprego

Não se deve confundir garantia no emprego com garantia de emprego. A garantia de emprego se assemelha à concepção de estabilidade do emprego, conforme citação anterior de Amauri Mascaro Nascimento. Se refere às políticas econômicas de

pleno emprego. A garantia no emprego, aqui analisada, vincula-se a idéia de um sistema jurídico de inibição ou restrição à possibilidade de dispensa do empregado por iniciativa unilateral do empregador, ou seja, os mecanismos legais que buscam assegurar a manutenção do atual emprego.

Em virtude de determinadas situações transitórias especiais pelas quais passa o empregado, nas quais este se torna vulnerável à ação do empregador, o legislador nacional entendeu ser necessário assegurar ao empregado uma estabilidade jurídica provisória<sup>136</sup> no emprego, ou seja, uma garantia de que não poderá ser dispensado, salvo a existência de justo motivo, assim reconhecido pela legislação vigente. Esta garantia constitui-se numa medida restritiva do direito potestativo do empregador em resilir o contrato de forma unilateral e tem duração limitada.

A Constituição de 1988 reconheceu três tipos de garantias no emprego, a saber: a do mandatário sindical (artigo 8º, inciso VIII), a do representante de empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA (artigo 10, inciso II, letra a do ADCT) e a da empregada gestante (artigo 10, inciso II, letra b do ADCT). Vejam-se cada uma delas.

Embora alguns autores prefiram defini-las como hipóteses de estabilidade, se adotará a denominação 'garantia no emprego', por entender-se que a estabilidade assegura a manutenção da relação de emprego (desde que o empregado não cometa falta grave e cumpra com suas obrigações) até a obtenção do direito à aposentadoria. A duração da estabilidade pode estender-se por mais de 30 anos, no caso do Brasil. Já as situações de

---

<sup>136</sup> A denominação estabilidade provisória não parece ser compatível com o espírito da estabilidade, que é a continuidade da relação de emprego. Provisória dá a noção de prazo determinado, enquanto que a estabilidade garante o emprego até a aquisição do direito a aposentadoria, salvo fato justificador da terminação da relação de emprego. Os autores tem utilizado os termos *estabilidade provisória* e *garantia no emprego*. Por uma opção didática, se adotará preferencialmente o termo 'garantia no emprego', por entender que o mesmo é mais adequado para demonstrar a transitoriedade das denominadas 'estabilidades provisórias'.



garantia no emprego tem duração limitada, não assegurando a continuidade da relação de emprego até a aquisição da aposentadoria. Passado o lapso de tempo previsto na legislação, o empregador poderá dispensar o empregado, desde que pague os direitos assegurados ao empregado.

#### **2.4.3.1. Mandatário sindical**

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 8º, inciso VIII que “é vedada a dispensa de empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

Esta garantia foi introduzida em nossa legislação pela Lei 5.107/66, que instituiu o sistema do FGTS. Tem por objetivo garantir a liberdade sindical, ao consagrar aos representantes sindicais eleitos pela categoria profissional<sup>137</sup> a proteção necessária para o desempenho de suas atividades, ou seja, a busca de melhores condições de trabalho para os empregados da categoria. Tem por finalidade, portanto, a proteção do trabalhador eleito como representante sindical contra possíveis atos do empregador que possam impedir ou dificultar o exercício de seus direitos sindicais, e daqueles praticados como represália contra os atos praticados no interesse da categoria<sup>138</sup>.

Até o advento da Constituição de 1988 havia ingerência do Estado para o reconhecimento dos sindicatos, que previamente deveriam constituir associação profissional, a fim de poderem obter a carta sindical fornecida pelo Ministério do

---

<sup>137</sup> No Brasil vige o sistema de unicidade sindical, não sendo permitido mais de um sindicato na mesma base territorial, que não pode ser inferior à área de um Município (artigo 8º, inciso II, da CF/88). Além disso, os sindicatos estão organizados por categorias profissionais, sendo vedado que um mesmo sindicato abranja mais de uma categoria profissional. Os representantes sindicais são eleitos pelos empregados através de escrutínio secreto.

<sup>138</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 720.

Trabalho<sup>139</sup>. A nova Carta eliminou esta exigência<sup>140</sup>, garantindo a liberdade sindical, respeitado o princípio da unicidade.

A Constituição de 1988 elevou a garantia no emprego do representante sindical a categoria de direito constitucional. Discute-se na doutrina quantos e quais seriam estes dirigentes. Arnaldo Süssekind aponta duas posições na doutrina. Ele defende que o artigo 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição de 1988, sendo a garantia assegurada a 7 (sete) membros da diretoria e 3 (três) do conselho fiscal, bem como aos respectivos suplentes. Cita outros autores que sustentam que o sindicato teria liberdade para auto-organizar-se, cabendo ao Judiciário resolver litígios que envolvam o abuso de direito por parte do sindicato, ao constituir um número excessivo de dirigentes, o que feriria o princípio da razoabilidade. O TST se manifestou no sentido da recepção do artigo 522 da CLT, com a limitação do número de dirigentes sindicais<sup>141</sup>. A doutrina, contudo, não é uníssona quanto a este posicionamento.

A Constituição de 1988, portanto, assegura a garantia no emprego aos dirigentes sindicais eleitos pela categoria, os quais só poderão ser dispensados após reconhecimento judicial da prática de falta grave, cuja sentença decretará a resolução do contrato de trabalho.

#### 2.4.3.2. Representante da CIPA

O empregado eleito como membro titular da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA, denominado de ‘cipeiro’, teve reconhecida a garantia no emprego no

<sup>139</sup> Os membros destas associações profissionais também tinham reconhecido o direito à estabilidade provisória, de acordo com o artigo 543, § 3º da CLT: “Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado a partir do momento do registro da sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de **associação profissional** até um ano após o final de seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

<sup>140</sup> Artigo 8º, inciso I, da CF/88: “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

<sup>141</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 718.

emprego através da Lei n. 6.514 de 22 de dezembro de 1977, que alterou a redação de diversos artigos da CLT<sup>142</sup>. Esta lei criou as CIPAs, cuja função principal é a promoção de medidas voltadas à segurança e saúde do trabalhador, visando garantir a sua integridade física nas atividades desempenhadas na empresa.

A CIPA é composta de membros indicados pelo empregador e membros eleitos pelos empregados, com mandato de um ano, sendo permitida uma reeleição, sendo que o número de representantes varia de acordo com o grau de risco da empresa e o número de empregados, conforme consta de quadro da Norma Regulamentadora n. 5 (NR-5).

Incumbe ao cipeiro verificar condições de risco no local de trabalho, solicitando medidas para sua redução ou eliminação, discutindo acidentes que ocorram, orientando os colegas de trabalho quanto às normas de segurança e saúde no trabalho, buscando prevenir situações que afetem a saúde ou a integridade física dos empregados.

O legislador reconheceu que o cipeiro eleito pelos empregados só poderia levar a bom termo a sua função se ficasse protegido contra represálias do empregador, caso sua atuação na defesa de medidas de segurança e saúde o desagradem.

A garantia no emprego ao cipeiro foi incluída na Carta de 1988, no artigo 10, do ADCT, assim redigido: “II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o seu mandato”.

---

<sup>142</sup> Dispõe o artigo 165 da CLT, alterado pela Lei 6.514/77: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Parágrafo único: Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado”.

A CIPA possui um presidente, que é indicado pelo empregador, e um vice-presidente, que é eleito pelos representantes dos empregados, dentre eles. Discutiu-se se esta garantia abrangeria todos os membros da CIPA eleitos pelos empregados, ou apenas aquele que ocupasse cargo de direção, ou seja, o vice-presidente<sup>143</sup>. A discussão acabou sendo resolvida pelo TST, com a edição da Súmula 339, reconhecendo que a garantia no emprego alcança todos os cipeiros eleitos pelos empregados, inclusive os suplentes: “O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea “a”, do ADCT da Constituição da República de 1988”.

Esta garantia no emprego não alcança os membros indicados pelo empregador, os quais não são eleitos pelos empregados, ainda que sejam empregados da empresa, posto que defendem os interesses da empresa na CIPA. Francisco Meton Marques de Lima<sup>144</sup> defende posição divergente, afirmando que o presidente tem assegurada a garantia no emprego contra a despedida arbitrária, por exercer cargo de direção, conforme o disposto no artigo 10 do ADCT, acima citado.

Para a efetivação da dispensa de empregados eleitos como membros da CIPA não há necessidade de inquérito judicial, como no caso do representante sindical. Tanto a Constituição quanto a CLT não mencionam este requisito. Se exige, apenas, que a despedida seja fundamentada em uma causa que não caracterize despedida arbitrária. O empregador poderá efetuar a dispensa, portanto, com fundamento em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, ficando, todavia, com o ônus de comprovar o fato justificador de sua atitude perante a Justiça do Trabalho, caso o empregado pleiteie a anulação da despedida. Caso não comprove o motivo da dispensa, o empregado terá o direito de ser reintegrado no emprego.

---

<sup>143</sup> Octávio Bueno Magano defende esta posição, por entender que apenas o vice-presidente exerce cargo de direção. MAGANO, Octávio Bueno. *Política do Trabalho*. São Paulo: LTr, v. III, 1997. p. 20.

<sup>144</sup> LIMA, Francisco M. M. de. *Os Principios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. p. 120.

#### 2.4.3.3. Empregada gestante

Outra modalidade de garantia no emprego reconhecida pela Carta de 1988 foi a da empregada gestante, constante do artigo 10, do ADCT: “II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Constitui-se este dispositivo numa norma que visa à proteção da maternidade e da infância, ao assegurar que a mãe trabalhadora terá garantida sua fonte de subsistência, pelo menos até cinco meses após o parto. Esta garantia complementa o direito à licença gestante de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário, previsto no artigo 7º, inciso XVIII.

O início desta garantia no emprego acontece com a confirmação da gravidez e acaba cinco meses após o parto. Discute-se na doutrina se há necessidade de que a empregada dê ciência de seu estado gravídico ao empregador. A jurisprudência tem reconhecido que a norma se aplica à empregada gestante, mesmo que o empregador não esteja ciente do fato<sup>145</sup>, adotando a teoria da responsabilidade objetiva, por entender que tal garantia decorre de uma situação objetiva que independe da vontade do empregador. Assim, basta haver a confirmação da gravidez pela empregada, ainda que não haja a comunicação de tal fato ao empregador. Também se tem reconhecido que esta garantia no emprego não ampara as empregadas em contrato de experiência ou qualquer outra modalidade de contrato por prazo determinado<sup>146</sup>.

A dispensa da gestante só poderá ocorrer se houver uma justa causa para a sua prática, nos mesmos moldes previstos para o membro de CIPA eleito pelos

<sup>145</sup> O próprio TST já se manifestou neste sentido, afirmando não haver previsão da necessidade de comunicação do estado gravídico da empregada ao empregador, conforme acórdão n. 1818, de 24.03.1995 no RR-132978/94, Relator Ministro Hylo Gurgel, unânime, publicado no DJ de 20.04.1995, p. 10193.

<sup>146</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 723.

empregados. Assim, não há necessidade de inquérito judicial para a dispensa. Contudo, se a empregada entender que o motivo alegado pelo empregador não estiver entre as justas causas reconhecidas na legislação ordinária ou entre aqueles que caracterizam despedida arbitrária, poderá recorrer à Justiça do Trabalho para ter sua relação de emprego restabelecida ou o pagamento dos direitos correspondentes ao período de garantia assegurado pela norma constitucional.

Apesar da proteção constitucional e do fato do Brasil ser signatário da Convenção 103 da OIT, que considera ilegal a despedida durante a licença maternidade, o TST entende não ser cabível a reintegração em situações de dispensa de gestante, conforme preceitua o Enunciado 244: “A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos”.

## **2.5. Outras garantias no emprego**

Além das garantias no emprego analisadas anteriormente, existem em nossa legislação ordinária outras hipóteses de garantias no emprego, criadas em decorrência de circunstâncias específicas vivenciadas transitoriamente pelo empregado no decorrer de sua relação de emprego. Todas elas representam uma restrição ao exercício do direito de despedir do empregador.

Discute-se na doutrina a constitucionalidade destas normas, uma vez que previstas apenas três hipóteses de estabilidade provisória na Constituição (conforme análise feita acima) e o art. 7º, inc. I, da Constituição exigiria lei complementar para regulamentação deste direito. A corrente majoritária, contudo, entende que a relação dos direitos sociais reconhecidos pela Constituição não é taxativa, uma vez que o próprio artigo

7º prevê a possibilidade do reconhecimento de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador. Quanto à questão da forma, não procede o argumento, posto que o inciso I do artigo 7º se refere a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, não impede que sejam criadas outras normas que visem atender situações peculiares na relação de emprego. Além disso, há que se levar em consideração o caráter tutelar do Direito do Trabalho e o fato de que a Constituição estabelece as diretrizes básicas relativas à proteção da relação de emprego<sup>147</sup>.

As garantias aqui analisadas se referem aos empregados da iniciativa privada. Logo, não será analisada a estabilidade provisória decorrente de leis eleitorais, que alcança os empregados de empresas da administração indireta, nem as garantias de emprego relacionadas com os servidores públicos da administração direta federal, estadual ou municipal.

### **2.5.1. Empregado eleito diretor de cooperativa**

Estabelece o artigo 55 da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que regulou a política nacional do cooperativismo: “Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho”<sup>148</sup>. Esta garantia no emprego alcança somente os diretores de sociedade cooperativa criada pelos empregados, não alcançando, contudo, os membros do Conselho Fiscal<sup>148</sup>. Para a dispensa dos diretores de cooperativas criadas pelo empregados, portanto, há que se observar a mesma formalidade relativa ao mandatário sindical, com a necessidade de apuração de falta grave mediante inquérito judicial.

---

<sup>147</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. *op. cit.*, p. 278-9.

<sup>148</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 722.

### 2.5.2. Empregado acidentado

Estabelece o artigo 118 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata dos planos de benefícios da Previdência Social: “O segurado, que sofreu acidente do trabalho, tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentária, independentemente da percepção de auxílio-acidente”. Esta garantia não alcança os empregados com contrato por prazo determinado, entre eles o de experiência<sup>149</sup>. A garantia no emprego permanece ainda que não haja redução da capacidade laboral, que daria direito ao auxílio-acidente. Tem por objetivo oferecer ao empregado uma proteção no período em que este se recupera da lesão sofrida em virtude do acidente do trabalho<sup>150</sup>, época em que se encontra vulnerável. A lei especifica como condição para aquisição do direito à garantia no emprego que o afastamento em virtude do acidente de trabalho implique na percepção de auxílio-doença, o que só ocorre quando for superior a 15 dias. Desta forma, acidentes de trabalho com lesões leves, cujo afastamento seja de até 15 dias e não importem no recebimento do auxílio-doença, não asseguram ao empregado a garantia acidentária. A lei não especifica que situações autorizam o empregador a dispensar o empregado, contudo, o entendimento dominante tem sido no sentido de que o empregado portador da garantia acidentária só poderá ser despedido caso pratique uma falta grave, considerada justa causa pela legislação. Não se exige procedimento solene para a efetivação da dispensa, que poderá ocorrer de forma sumária pelo empregador. Este ficará, contudo, com o ônus de provar a existência da causa justificadora da rescisão contratual, caso haja questionamento judicial pelo empregado<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 726.

<sup>150</sup> O artigo 19 da Lei 8.213/91 define o que seja acidente de trabalho e os artigos 20 e 21 enumeram as situações que se equiparam a acidente de trabalho para os efeitos da lei.

<sup>151</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. *op. cit.* p. 289.



### 2.5.3. Representante dos trabalhadores perante do Conselho Curador do FGTS

O artigo 3º, § 9º, da Lei 8.036/90, que regula o sistema do FGTS estabelece que: “Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical<sup>152</sup>”. Estes membros são indicados pelo Ministro do Trabalho e Emprego<sup>153</sup>, sendo em número de três efetivos e três suplentes, dentre os indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais, com mandato de dois anos, admitindo-se uma única recondução (artigo 3º da Lei 8.036/90). Cabe ao Conselho Curador a direção das atividades do FGTS, juntamente com o agente operador, a Caixa Econômica Federal. A dispensa de um conselheiro só poderá ocorrer mediante inquérito judicial para apuração de falta grave, nos mesmos moldes do mandatário sindical. O legislador cometeu um erro na terminologia adotada na redação do parágrafo 9º do artigo 3º. Não se trata de processo sindical, mas que o processo de dispensa seja nos mesmos moldes do adotado para o dirigente sindical.

### 2.5.4. Representante dos trabalhadores nos Conselhos da Previdência Social

Cabe a este Conselho o estabelecimento das diretrizes gerais e a apreciação das decisões de políticas aplicáveis à Previdência Social, dentre outras. Dispõe o artigo 3º, § 7º da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei 8.619, de 05.01.1993 que: “Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em

---

<sup>152</sup> O texto da lei cometeu um equívoco ao constar a expressão processo ‘sindical’, quando certamente pretendia dizer processo ‘judicial’. Esta falha de revisão do legislativo foi corrigida no Decreto 99.684/90, que regulamentou a Lei 8.036/90, ao constar no artigo 65, § 8º a expressão ‘... por motivo de falta grave, regularmente comprovada’, o que ocorre, no caso do representante sindical, por meio de processo judicial.

<sup>153</sup> A denominação constante na Lei 8.036/90 é Ministro do Trabalho, contudo, a denominação atual deste ministério passou a ser Ministério do Trabalho e Emprego.

atividades, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial”. Os representantes dos trabalhadores são em número de três, com respectivos suplentes, só podendo ser dispensados, portanto, mediante inquérito judicial para apuração de falta grave. Discute-se se esta estabilidade também alcançaria os representantes dos Conselhos Estaduais e Municipais, tendo em vista que o artigo 7º da citada lei determina que sejam observados os mesmos critérios estabelecidos para o CNPS, no que couber. Analisando sob o enfoque do objetivo da norma, que visa assegurar uma liberdade de ação ao representante dos trabalhadores, na defesa dos interesses de toda uma coletividade, há que ser reconhecida a garantia para os conselheiros estaduais e municipais.

#### **2.5.5. Empregado reabilitado e empregado deficiente habilitado**

O artigo 93, § 1º, da Lei 8.213/91 dispõe que: “A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”. Trata este dispositivo de uma modalidade especial de garantia no emprego, cuja duração independe da vontade do empregado e que tem por finalidade oportunizar a participação dos trabalhadores portadores de deficiência ou reabilitados no mercado de trabalho. A dispensa destes só pode ocorrer se o empregador contratar outro empregado em situação semelhante. Se isto não ocorrer, o empregador não poderá dispensar o empregado deficiente ou reabilitado. A norma não faz exigência de existência de uma justa causa para a dispensa ou de procedimento formal. Exige apenas a contratação de um substituto em condição semelhante.

### **2.5.6. Juiz Classista representante dos empregados**

A Justiça do Trabalho possuía a figura dos Juízes Classistas, indicados como representantes dos empregados e empregadores, através de lista triplíce elaborada pelas diretorias das federações e dos sindicatos, com base territorial na região e nomeados para função representativa judicial. Os representantes dos empregados, sejam titulares ou suplentes, com base na disposição do artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal, estão amparados pela estabilidade provisória, enquanto representantes sindicais e durante o respectivo mandato, salvo falta grave apurada em inquérito judicial, nos mesmos moldes do mandatário sindical<sup>154</sup>. A Emenda Constitucional n. 24, contudo, fez várias alterações na redação dos artigos 111 a 116 da Constituição Federal e revogou o artigo 117, extinguindo a representação classista na Justiça do Trabalho, assegurando o cumprimento do mandato dos Juízes Classistas em exercício.

### **2.5.7. Representante dos trabalhadores na empresa**

De acordo com o artigo 11 da Constituição, “Nas empresas de mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. Pelo Precedente Normativo n. 86 do TST foi reconhecida a estabilidade ao representante eleito pelos trabalhadores, nos mesmos moldes do artigo 543 da CLT<sup>155</sup>.

### **2.5.8. Empregados investidos em colegiados dos órgãos públicos**

De acordo com o artigo 10 da Constituição: “É assegurada a participação

---

<sup>154</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Principios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. p. 126.

<sup>155</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *Idem*, p. 127.

dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão ou deliberação”. Os representantes dos empregados, sendo indicados pelo sindicato da categoria, não podem ser dispensados, com fundamento na disposição do artigo 8º, VIII, da Constituição<sup>156</sup>.

### 2.5.9. Aprendiz

Nos termos do § 5º do artigo 10 do Decreto-lei 9.576, de 12.08.1946, “nenhum aprendiz poderá antes do fim do curso ser retirado da escola do SENAI ou substituído por outro, por iniciativa do empregador”.<sup>157</sup> A garantia assegura o emprego até a conclusão do processo de aprendizagem, desde que o menor aprendiz não pratique ato que justifique a dispensa.

### 2.5.10. Serviço militar ou outro encargo público

O artigo 472<sup>158</sup> da CLT prevê que o afastamento do empregado para prestação do serviço militar ou outro encargo público não constitui motivo para rescisão do contrato de trabalho, ficando o contrato de trabalho suspenso<sup>159</sup>, devendo o empregado comunicar sua intenção de retorno ao empregador no prazo de até 30 dias, contados do término do serviço militar ou do encargo público. O empregado tem, desta forma, garantia

<sup>156</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Rescisão Contratual trabalhista e a trilogia do desemprego*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000. p. 23.

<sup>157</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. p. 573.

<sup>158</sup> Artigo 472: “O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador. § 1º. Para que o empregado tenha direito a voltar a exercer o cargo do qual se afastou em virtude de exigências do serviço militar ou de encargo público, é indispensável que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de trinta dias, contados da data em que se verificar a respectiva baixa ou a terminação do encargo a que estava obrigado”.

<sup>159</sup> Na suspensão do contrato de trabalho o trabalho não é prestado e o salário, não é devido. Difere, portanto, da interrupção do contrato de trabalho, na qual há pagamento de salário, mesmo sem a prestação do serviço, como no caso de férias.

de seu emprego, desde que comunique sua intenção ao empregador, no prazo de trinta dias após o cumprimento de sua obrigação com o serviço militar ou outro encargo público.

#### **2.5.11. Aposentadoria provisória**

O artigo 475 da CLT dispõe que “o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício”. O § 1º garante ao empregado o direito de voltar a ocupar a função que tinha antes da aposentadoria provisória, uma vez que o empregado pode recuperar sua capacidade de trabalho. Caso a aposentadoria seja convertida em definitiva pela previdência social, o contrato se extingue. Durante o período em que o contrato está suspenso, o empregado não pode ser dispensado.

#### **2.5.12. Garantia de emprego pré-aposentadoria**

De acordo com o Precedente Normativo n. 85 do TST: “Defere-se a garantia de emprego, durante os 12 meses que antecedem a data em que o empregado adquire direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos cinco anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia”.

#### **2.5.13. Membro de comissão de conciliação prévia**

A Lei 9.958, de 12.01.2000, acrescentou o título VI-A à Consolidação das Leis do Trabalho, o qual trata das Comissões de Conciliação Prévia. Dispõe o artigo 625-B, § 1º: “É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão

de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei”<sup>160</sup>.

## 2.6. Direitos assegurados ao empregado dispensado

Para análise de quais direitos são assegurados pela legislação nacional ao empregado que tenha sido dispensado sem justa causa pelo empregador é importante distinguir, inicialmente, se a relação de emprego era por tempo determinado<sup>161</sup> ou indeterminado. A distinção quanto à duração do contrato interessa pelas consequências que a lei prevê, para cada modalidade, no caso de rescisão unilateral pelo empregador.

### 2.6.1. Contrato por prazo indeterminado

A dispensa de empregado contratado por prazo indeterminado sujeita o empregador ao pagamento dos seguintes direitos, através do TRCT – Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho<sup>162</sup>:

<sup>160</sup> O mandato dos membros da Comissão de Conciliação Prévia é de um ano, permitida uma recondução. Quanto constituída no âmbito da empresa, metade dos membros é indicada pelo empregador e metade é eleita pelos empregados, em escrutínio secreto. O número mínimo é de dois membros e o máximo é de dez (artigo 625-B da CLT). A Comissão pode também ser instituída no âmbito do sindicato, sendo que sua constituição e normas de funcionamento deverão ser definidas em convenção ou acordo coletivo (artigo 625-C da CLT). Ver a respeito estudo sobre a Lei 9.958/2000, feito por Osvaldo Miqueluzzi. In: RAMOS, Alexandre, MIQUELUZZI, Osvaldo. *Procedimento Sumaríssimo e Comissão de Conciliação Prévia*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. p. 162-85.

<sup>161</sup> De acordo com o artigo 443 da CLT: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado. § 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. § 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) serviço de cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência”. O prazo máximo da relação de emprego por prazo determinado não poderá ser superior a noventa dias, para contratos de experiência (art. 445, § único) e de quatro anos para os demais contratos a prazo certo (o artigo 445 da CLT fixa em 2 anos o prazo máximo, que pode ser prorrogado apenas uma vez, por igual período, conforme dispõe o artigo 451 da CLT, sob pena de transformar-se em contrato por prazo indeterminado). Além destas possibilidades, ainda há o trabalho temporário, regido pela Lei 6.019/74, e o contrato por prazo determinado instituído pela Lei 9.601/98. Todas estas situações constituem exceções ao princípio da continuidade da relação de emprego.

<sup>162</sup> Em seção anterior já foi abordada a impropriedade da terminologia adotada pela CLT, uma vez que a rescisão pressupõe o descumprimento contratual. No caso da dispensa sem justa causa, a denominação mais apropriada seria *resilição*. O TRCT é utilizado para o pagamento em qualquer das hipóteses de terminação da relação de emprego.

1) **Aviso prévio:** este não será inferior a 30 dias<sup>163</sup>, com o pagamento da remuneração correspondente. O aviso poderá ser trabalhado ou indenizado pelo empregador.

2) **Indenização por antigüidade:** se o empregado tiver tempo de serviço como não optante pelo FGTS, terá direito também ao pagamento de indenização por antigüidade, a razão de um salário por ano de serviço ou fração igual ou superior a seis meses<sup>164</sup>.

3) **13º salário**<sup>165</sup>: equivalente a um doze avos por mês trabalhado ou fração igual ou superior a 15 (quinze) dias (art. 3º da Lei 4.090/62), calculado sobre a remuneração do mês da rescisão. O aviso prévio indenizado dá direito a um doze avos de 13º salário.

4) **Férias:** se o empregado não tiver gozado os períodos de férias<sup>166</sup> cujo direito tenha adquirido, terá direito à remuneração simples ou em dobro<sup>167</sup>, conforme o caso. Da mesma forma, terá direito ao pagamento das férias proporcionais a razão de um doze avos por mês de serviço ou fração superior a 14 (catorze) dias (artigo 146, § único da CLT). O aviso prévio indenizado dá direito a um doze avos de férias, acrescidas de 1/3.

<sup>163</sup> A Constituição de 1988 no artigo 7º, inciso XXI, determinou que o aviso prévio será proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 (trinta) dias. Antes a CLT, por meio do artigo 487, inciso I, previa aviso prévio de 8 (oito) dias para os empregados cujo pagamento era efetuado por semana ou fração inferior. Agora, o aviso prévio será de 30 dias, no mínimo, sendo que a lei ordinária deverá regular a proporcionalidade prevista na Constituição.

<sup>164</sup> Artigo 478 da CLT: "A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses".

<sup>165</sup> A Lei 4.090, de 13 de julho de 1962 instituiu a Gratificação de Natal, hoje mais conhecida como 13º salário (nomenclatura adotada pela Constituição no artigo 7º, inciso VIII). A Lei 4.749/65 dispôs sobre o seu pagamento, sendo ambas regulamentadas pelo Dec. 57.155/65. Ela corresponde ao pagamento de uma gratificação salarial a todo empregado equivalente a um doze avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente, ou por fração igual ou superior a quinze dias de trabalho (artigo 1º, §§ 1º e 2º).

<sup>166</sup> O artigo 129 da CLT prevê o direito a férias: "Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração". O artigo 130 especifica a quantidade de dias para gozo de férias, que depende da quantidade de faltas sem justificativa. A Constituição de 1988, no artigo 7º, inciso XVII, dispõe que o trabalhador terá direito ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, instituindo o que foi denominado de 'adicional de 1/3 de férias'. Nos contratos a tempo parcial, instituídos pela Medida Provisória 1.779-5, de 14.12.1998, o período máximo de férias é de 18 dias, para jornadas de trabalho de 22 a 25 horas.

<sup>167</sup> O prazo legal para concessão das férias é nos doze meses subsequentes ao período aquisitivo (artigo 134 da CLT). Se as férias forem concedidas após o prazo legal, será devida a respectiva remuneração em dobro (artigo 137 da CLT).

**5) Remuneração do mês:** deverão ser pagas as parcelas salariais relativas ao mês da rescisão, ou seja, o saldo de salários, comissões, gratificações, horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, salário-família, etc.

**6) Indenização adicional:** A Lei 7.238/84 prevê o pagamento de valor equivalente a um mês de salário do empregado, quando a dispensa se efetivar no mês que antecede a data base<sup>168</sup> da categoria.

### **2.6.2. Contrato por prazo determinado**

Ao empregado contratado por prazo determinado que for dispensado sem justa causa, antes do termo final ajustado, o empregador deverá efetuar o pagamento dos seguintes direitos, através do TRCT – Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho:

**1) Indenização:** se ocorrer a dispensa antes de findo o prazo, o empregador deverá indenizar o empregado em valor igual à metade da remuneração a que teria direito o empregado até o término do contrato<sup>169</sup>. Nos contratos em que há cláusula assecuratória de rescisão antecipada será devido como indenização o aviso prévio, equivalendo-se o mesmo aos contratos por prazo indeterminado para pagamento de direitos rescisórios.

**2) 13º salário:** o empregado dispensado tem direito ao 13º proporcional, calculado sobre a remuneração do mês da rescisão e a razão de um doze avos por mês trabalhado ou fração igual ou superior a 15 dias.

---

<sup>168</sup> Data base é o mês em que é negociado a correção salarial a ser aplicada aos salários de determinada categoria de trabalhadores, entre o sindicato dos empregados e dos empregadores (convenção coletiva) ou entre o sindicato dos empregados e a empresa (acordo coletivo).

<sup>169</sup> Artigo 479 da CLT: “Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o término do contrato”.



**3) Férias:** da mesma forma que o empregado com contrato por prazo indeterminado, se não tiver gozado os períodos de férias cujo direito tenha adquirido, terá direito à remuneração simples ou em dobro, conforme o caso. Terá, ainda, direito ao pagamento das férias proporcionais a razão de um doze avos por mês de serviço ou fração superior a 14 (catorze) dias (artigo 146, § único e artigo 147 da CLT).

**4) Remuneração do mês:** também deverão ser pagas as parcelas salariais relativas ao mês da rescisão, ou seja, o saldo de salários, comissões, gratificações, horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, salário-família, etc.

### **2.6.3. Outros direitos assegurados ao empregado dispensado sem justa causa**

**a) Indenização compensatória (FGTS):** A Lei 9.491, de 09.09.1997 alterou a redação do artigo 18 da Lei 8.036/90 que regula o FGTS, determinando que todas as parcelas do FGTS sejam depositadas, não havendo mais pagamento diretamente ao empregado, como previa a sistemática anterior. Assim, o empregador que dispensar sem justa causa um empregado contratado por prazo determinado ou indeterminado, deverá efetuar o depósito da multa de 40% (artigo 18, § 1º, da Lei 8.036/90), incidente sobre os depósitos do FGTS, através da GRFP – Guia de Recolhimento Rescisório e Informações à Previdência Social, bem como do valor de 8% dos parcelas salariais em que incide o FGTS. O empregado receberá o valor da multa através da agência bancária credenciada.

**b) Seguro-desemprego:** A Lei 7.998, de 11.01.1990 regulou o benefício do seguro-desemprego, assegurando o seu artigo 3º que o mesmo constitui um direito de todo

trabalhador dispensado sem justa causa, que comprove preencher os requisitos legais<sup>170</sup>. O empregador deverá entregar ao empregado dispensado sem justa causa as Guias de Comunicação de Dispensa que possibilitarão a habilitação ao benefício do seguro-desemprego.

**c) Multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias:** O artigo 477, § 8º, da CLT prevê o pagamento de uma multa em favor do empregado dispensado no valor de um salário, caso o pagamento de seus direitos não seja efetuado dentro do prazo legal.

77, §

#### 2.6.4. Formalidades exigidas para o pagamento

O pagamento dos valores devidos ao empregado devem obedecer determinadas formalidades se o empregado tiver mais de um ano de serviço na empresa. Assim, a lei exige que o pagamento seja assistido por uma das autoridades enumeradas no artigo 477 da CLT e que o mesmo seja feito dentro de determinado prazo. Se o empregado trabalhou durante o prazo de aviso prévio, o empregador deverá fazer o pagamento no primeiro dia útil após o término do contrato. Se o aviso prévio foi indenizado ou o empregador dispensar o empregado de seu cumprimento, terá o prazo de até dez dias para fazer o pagamento dos haveres do empregado. No termo de pagamento deverá ser especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor. A

<sup>170</sup> Artigo 3º da Lei 7.998/90: “Terá direito a percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove: I – Ter recebido salários de pessoas jurídicas ou pessoa física a ela equiparada, relativos a cada um dos seis meses imediatamente anteriores à data da dispensa; II – Ter sido empregado de pessoa jurídica ou física a ela equiparada ou ter exercido atividade legalmente reconhecida como autônomo durante pelo menos quinze meses nos últimos vinte e quatro meses; III – não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, excetuando o auxílio-acidente e o auxílio suplementar previstos na Lei n. 6.367, de 19 de outubro de 1976, bem como o abono de permanência em serviço previsto na Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973; IV – não estar em gozo de auxílio-desemprego; e V – não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família”. A Lei 8.900, de 30.06.1994 alterou dispositivos da Lei 7.998/90, possibilitando que o benefício fosse concedido por um período máximo de cinco meses (o período máximo era de quatro meses). Além disso, modificou os requisitos para concessão do benefício, possibilitando a concessão do mesmo por três meses a quem comprove vínculo empregatício por no mínimo seis meses (ver artigo 2º, § 2º da Lei 8.900/94).

CLT ainda exige que o pagamento seja feito em dinheiro ou cheque visado. Admite-se pagamento através de depósito bancário<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> Ver disposições constantes do artigo 477 da CLT, §§ 1º a 8º.

## **CAPÍTULO 3**

### **A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO**

### 3.1. Direitos fundamentais: caracterização e conceito

A conceituação do que sejam direitos fundamentais não é tarefa das mais simples, sobretudo pelo fato de serem adotadas várias expressões com o objetivo de designá-los, seja como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais do homem, etc., havendo grande variedade de posições.

Para Konrad Hesse, os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Entende, também, que direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.<sup>172</sup>

Carl Schmidt, estabelece dois critérios formais para caracterização dos direitos fundamentais: a) todos os direitos e garantias nomeados no instrumento constitucional e b) aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo ou imutáveis ou de difícil mudança, ou seja, alteráveis unicamente mediante lei de emenda à Constituição. Já segundo o ponto de vista material, os direitos fundamentais variarão de acordo com os princípios e valores que a Constituição consagrar, sendo específicos para cada Estado<sup>173</sup>.

Guilherme Braga Peña de Moraes entende por direitos fundamentais “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas na Constituição”<sup>174</sup>. O autor distingue os direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Em sentido formal, são direitos fundamentais:

<sup>172</sup> apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 514.

<sup>173</sup> apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 515.

<sup>174</sup> MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997. p. 23.

os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas em uma Constituição formal, ou seja, conjunto de normas formalmente constitucionais. Entende-se por regras constitucionais em acepção formal, aquelas que são incluídas na Carta Magna, integrando ou não a estrutura fundamental do Estado. Os direitos fundamentais em sentido material, ao contrário, são direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas em uma Constituição material, isto é, conjunto de disposições materialmente constitucionais. Preceitos constitucionais em aspecto material são os providos de conteúdo fundamental, inseridos ou não na Lei Essencial. Desta forma, os direitos fundamentais em sentido material não são limitados aos enunciados pelo legislador constituinte, abrangendo os decorrentes da concepção de Constituição dominante, idéia de Direito e sentimento jurídico prevalecente, cujo conteúdo é decisivamente constitutivo da estrutura básica do Estado e da sociedade, sem que tenham sido objetos de constitucionalização (consagração em normas formalmente constitucionais), dependendo, o seu reconhecimento e a sua garantia, da disponibilidade do legislador ordinário<sup>175</sup>.

José Afonso da Silva, considera que a expressão ‘direitos fundamentais do homem’ é a mais adequada para designar, “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”<sup>176</sup>. Cita o conceito desenvolvido por Perez Luño, que utiliza a terminologia *derechos humanos*: “como conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”<sup>177</sup>. Apresenta também o conceito de Peces-Barba, que utiliza o termo *derechos subjetivos fundamentales* como “facultad que la norma atribuye de protección a la persona em lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier outro aspecto fundamental que afecte a sua desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el

<sup>175</sup> MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria*. p. 24.

<sup>176</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 176 e nota de rodapé da p. 177.

<sup>177</sup> ... *derechos humanos*: “como conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (tradução livre).

respecto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo de Estado en caso de infracción”<sup>178</sup>.

Dispõe o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A análise literal do texto acima citado, nos permite afirmar que os direitos e garantias constantes da Constituição Federal podem ser determinados como oriundos de três fontes distintas, a saber:

- a) os que estão expressamente consignados no texto constitucional;
- b) os que decorrem do regime e dos princípios adotados na Constituição;
- c) os previstos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Pode-se verificar que o constituinte foi prudente ao permitir o reconhecimento de direitos e garantias além dos enumerados no texto constitucional, uma vez que poderiam incorrer em erro ao olvidar algum direito, sem falar na evolução da própria sociedade, que poderá vir a exigir o reconhecimento de direitos que por ocasião da promulgação de seu texto nem se cogitavam. Assim, foi de boa redação não adotar a técnica de *numerus clausus*, ao prever que poderão ser reconhecidos outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, bem como aqueles originários de tratados internacionais.

---

<sup>178</sup> ... direitos subjetivos fundamentais como “faculdade que a norma atribui de proteção a pessoa no que se refere a sua vida, sua liberdade, igualdade, sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de por em andamento o aparato coativo do Estado em caso de infração” (tradução livre).

Convém ressaltar, pois, que a atual Constituição Brasileira adotou o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, havendo, desta forma, direitos fundamentais explícitos e implícitos<sup>179</sup>.

### 3.2. As gerações de direitos fundamentais

Paulo Bonavides afirma que “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”<sup>180</sup>.

O reconhecimento da universalidade dos direitos fundamentais, como inerentes a todo o ser humano, teve sua origem na Revolução Francesa, com a declaração dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade<sup>181</sup>.

A inserção dos direitos fundamentais, de forma generalizada e universal, na ordem jurídica positiva dos Estados foi conseguida através de um processo de reivindicações e lutas, sendo que a manifestação e o reconhecimento destes direitos ocorreu por meio do que está sendo denominado de ‘gerações de direitos’.

Bobbio mostra que nos últimos anos tem-se acelerado o processo de multiplicação de direitos, o que decorre de três fatores: 1) porque teria havido um aumento de bens a ser tutelados; 2) porque teria aumentado o número de sujeitos de direito; 3)

---

<sup>179</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 288.

<sup>180</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 516.

<sup>181</sup> Para uma análise mais detalhada acerca dos antecedentes históricos das declarações de direitos consultar José Afonso da Silva, que trata do assunto de forma bem detalhada em capítulo intitulado “Formação Histórica das Declarações de Direitos”. O autor faz uma análise bem criteriosa do processo histórico de reconhecimento de direitos, principiando pela Magna Carta da Inglaterra, as Cartas de direitos e liberdades das Colônias Inglesas na América, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), a Declaração do Povo Trabalhador e Exploração (da antiga União Soviética) e conclui com a análise da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e as Constituições contemporâneas. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 149-70.



porque teria havido uma ampliação dos status dos sujeitos<sup>182</sup>. Esses direitos são um produto histórico, nascidos de lutas pela preservação da liberdade e pela implementação da igualdade. Assim, existem direitos da primeira, segunda, terceira e quarta geração. Este tema será abordado sinteticamente, sem pretensão de aprofundamento. A classificação adotada será a proposta por Norberto Bobbio e Paulo Bonavides, salientando que há outras classificações, inclusive com autores que apresentam classificação tripla e outros quintupla das gerações de direitos.

Os direitos de primeira geração são aqueles relacionados com os direitos da liberdade. Foram os primeiros direitos a serem reconhecidos a nível constitucional, a saber, os direitos civis e políticos. Tem por titular o indivíduo. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Importam um não agir do Estado<sup>183</sup>.

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade. Estão vinculados ao princípio da igualdade. Originaram as garantias institucionais, que visam a proteger os valores e princípios constitucionais contra ações intervencionistas alteradoras do Estado. Importam uma ação positiva do Estado<sup>184</sup>.

Os direitos de terceira geração estão relacionados ao princípio da fraternidade. Têm por destinatário o gênero ser humano, podendo ser enumerados os seguintes exemplos: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68.

<sup>183</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*. p. 6; BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 517.

<sup>184</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*. p. 6; BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 518-22.

<sup>185</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*. p.6, 11-2; BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 523.

Os direitos de quarta geração são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. “Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração”<sup>186</sup>.

Para este estudo se tomará como direito fundamental todo e qualquer direito reconhecido constitucionalmente, nos moldes da definição proposta por Perez Luño, seja de forma específica ou decorrente de princípios ou do regime de governo, e que possa se enquadrar em qualquer uma das gerações de direitos acima citadas.

### **3.3. O trabalho como direito fundamental do ser humano**

O trabalho está entre os direitos sociais reconhecidos pela nossa Constituição, conforme definição do artigo 6º. Os direitos sociais constituem uma dimensão dos direitos fundamentais do homem. Esta é a posição adotada por José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>187</sup>.

Vários dispositivos da Constituição Brasileira reconhecem a importância do trabalho. Vejam-se alguns destes:

<sup>186</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 525.

<sup>187</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 277.

- a) O artigo 1º, IV, declara que os valores sociais do trabalho constituem um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;
- b) O artigo 6º enumera o trabalho como um dos direitos sociais;
- c) O artigo 170 afirma que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho;
- d) O artigo 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho.

Estes dispositivos apontam a importância do direito social ao trabalho, uma vez que este é condição para uma existência digna, ou seja, o trabalho constitui um aspecto essencial para a efetividade de uma existência digna do trabalhador, que constitui outro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III). Por este motivo, a relação de emprego deve ser protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. O constituinte reconheceu este fato ao elencar entre os direitos dos trabalhadores a proteção da relação de emprego (artigo 7º, I).

Antônio Carlos Flores de Moraes assim aborda o direito fundamental ao trabalho:

Como direito fundamental da pessoa humana, isto é, do indivíduo vivendo em sociedade, o direito ao trabalho significa a faculdade que possui cada homem de poder exercer uma atividade útil, a si, à sua família e à sociedade, mediante justa remuneração. Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência, de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> MORAES, Antonio Carlos Flores de. *A Convenção 158 da OIT: A Despedida Arbitrária e Sem Justa Causa*. In: MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 331.

Partindo da definição apresentada de direito fundamental e com fundamento nos dispositivos constitucionais acima citados não há como negar que o direito ao trabalho (sob o aspecto do pleno emprego a ser buscado através de políticas de desenvolvimento) e à proteção da relação de emprego devem ser vistos como direitos fundamentais do ser humano.

### **3.4. A tutela constitucional**

O artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal incluiu entre os direitos fundamentais dos trabalhadores rurais e urbanos a “proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”.

Introduziu-se assim, em nosso ordenamento jurídico, a figura da despedida socialmente justificada ou não arbitrária, exigindo-se que todo ato de despedida deva ser motivado. Não se retirou, porém, o direito do empregador, na ocorrência de uma justa causa praticada pelo empregado, em terminar a relação de emprego de forma unilateral.

Este dispositivo retrata o reconhecimento da necessidade de criação de mecanismos mais eficientes de restrição à despedida por iniciativa do empregador, uma vez que a permissibilidade absoluta traz reflexos negativos para a sociedade, entre estes a insegurança do trabalhador e de sua família, a rotatividade exagerada de mão-de-obra e o desemprego. Antônio Alvares da Silva evidencia bem como deve ser conduzido este processo ao afirmar que “é preciso deixar bem claro que uma eficiente proteção é a que se faz com moderação e flexibilidade, compondo os interesses da permanência da vinculação

e de sua dissolução nos momentos apropriados. Os sistemas rígidos de proteção geram o efeito oposto”<sup>189</sup>.

Exemplo deste efeito contrário foi o que ocorreu com a estabilidade, com as dispensas que vieram a ser denominadas de obstativas.

O instituto da estabilidade, enquanto vigente no Brasil, foi sempre contrário aos interesses dos empregadores, que procuraram diversos meios para que o empregado não adquirisse esse direito. Assim, se utilizaram da figura denominada de despedida obstativa, ou seja, quando o empregado estava às vésperas de se tornar estável era dispensado, com o pagamento da indenização correspondente e se contratava novo empregado. Além disso, os empregadores argumentavam que o empregado estável, como regra geral, tornava-se de difícil convívio, trazendo problemas para a disciplina da empresa, por entender que poderia negligenciar no cumprimento de seus deveres, uma vez que seria difícil a sua dispensa<sup>190</sup>.

É fato que interessa tanto a classe empresarial quanto à trabalhadora a permanência no emprego. O empregador quer que os bons empregados permaneçam na empresa, uma vez que poderá aproveitar a experiência desses empregados, adquirida com o tempo e com os treinamentos oferecidos, contudo, sem a imposição de um sistema de estabilidade.

A própria OIT reconhece que uma estabilidade rígida, indiscriminada, conduz a uma rotatividade de mão-de-obra, que prejudica a produtividade das empresas, implicando em aumento de custos e redução da competitividade, além da necessidade de investimento na formação e treinamento dos profissionais contratados. Assim, defende ser

---

<sup>189</sup> SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. p. 236.

<sup>190</sup> ALMEIDA, Ísis de. Novos rumos para a proteção contra a despedida arbitrária. In: OLIVEIRA, Antonio Carlos de, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Estudos de Direito*. São Paulo: LTr, 1998. p. 542-3.

mais importante a garantia da criação e existência de empregos permanentes que a própria garantia no emprego<sup>191</sup>.

O dispositivo constitucional do artigo 7º, inciso I, não deu guarida à estabilidade, criando em seu lugar a figura da despedida socialmente justificada, além de adotar outras medidas que a dificultam<sup>192</sup>.

Ainda há divergência quanto a aplicabilidade do artigo 7º, inciso I, da Constituição, por entenderem alguns autores que se trata de uma norma programática, desprovida de eficácia. Na sequência se procurará abordar alguns dos aspectos que envolvem este fato.

#### **3.4.1. Norma programática ou auto-aplicável**

A positivação de direitos fundamentais em nossa Constituição foi feita adotando-se diversas técnicas. Alguns direitos foram regulados de forma completa, não havendo necessidade de maiores definições ou esclarecimentos para o seu exercício. Constituem os denominados direitos auto-aplicáveis. Outras normas, apesar de definirem direitos fundamentais, deixam transparecer nitidamente um cunho programático, posto que não regulam a matéria por completo.

Discute-se na doutrina se o direito reconhecido no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, constitui-se numa norma programática ou numa norma auto-aplicável, ante a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prevista no artigo 5º, § 1º, da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

---

<sup>191</sup> ALMEIDA, Ísis de. *Novos rumos para a proteção contra a despedida arbitrária*. p. 545.

<sup>192</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998. p. 431. Esta também é a posição de Amauri Mascaro Nascimento e Arnaldo Stssekind, dentre outros autores nacionais.

Pela posição topográfica ocupada na Constituição, poderia se afirmar que este dispositivo se aplicaria tão somente aos direitos e deveres individuais e coletivos previstos no artigo 5º. Uma análise literal, porém, não permite esta conclusão, posto que o dispositivo utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, ou seja, se refere a todos os direitos e garantias fundamentais inscritos na Carta Magna, independentemente de sua posição. O constituinte foi prudente ao incluir esta previsão expressa, pois objetivou evitar, certamente, o esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que se tornassem letra morta na Constituição. Importante ressaltar que a Constituição prevê a possibilidade de reconhecimento de outros direitos fundamentais, além dos previstos nos artigos 5º a 17, ante a concepção materialmente aberta de direitos fundamentais consagrada no art. 5º, § 2º.

Há que se analisar, contudo, se a aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, § 1º da Constituição é suficiente para transformar o direito à proteção da relação de emprego em norma imediatamente aplicável e dotada de plena eficácia.

Uma norma é auto-aplicável quando seu enunciado possibilita que se possa fruir e resguardar um direito reconhecido, sem necessidade de criação de meios para o seu exercício. É, portanto, uma norma “bastante em si”<sup>193</sup>.

As normas programáticas constituem-se em enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos. São dirigidas aos órgãos legislativos, posto que não regulam a matéria de que tratam. Dependem, desta forma, de regulamentação para alcançarem os cidadãos. Segundo Crisafulli “programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto,

---

<sup>193</sup> FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. p. 305.

preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo”<sup>194</sup>.

O dispositivo do art. 7º, inc. I, enuncia um direito e não um programa de ação. Ainda que o exercício efetivo deste direito possa ficar vinculado a necessidade de edição de lei complementar, há o seu reconhecimento imediato. O dispositivo inscrito no art. 5º, § 1º garante a ele a aplicabilidade imediata e impõe aos órgãos estatais a tarefa de buscar a maximização deste direito fundamental, por meio de lei complementar. Não se trata, portanto, de uma norma programática. Caberá ao legislador garantir a plena eficácia deste direito fundamental do trabalhador, sob pena de poderem ser utilizadas as garantias constitucionais (por meio de ações judiciais próprias) para a sua efetivação.

Esta é a posição adotada por José Afonso da Silva. Para ele a garantia do emprego é um direito de aplicabilidade imediata. Caberá a lei complementar tão somente determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição do que seja despedida arbitrária ou sem justa causa e a possibilidade de conversão da garantia de permanência no emprego em indenização compensatória. A regra, porém, deve ser a da conservação da relação de emprego. Constitui-se, portanto, numa norma de eficácia contida<sup>195</sup>.

O objetivo, neste tópico, era verificar a aplicabilidade do artigo 7º, inciso I,

<sup>194</sup> E prossegue o autor italiano: “Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes”. Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 221-2.

<sup>195</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. p. 281 – “Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego. Indenização não é garantia da relação de emprego. Como se vê do texto, é uma medida compensatória da perda do emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição”.



da Constituição. Antes de adentrar-se a verificação de sua eficácia (de sua aplicação efetiva no mundo real), será feita uma abordagem acerca de sua validade, para então se deter na constatação de sua eficácia ou ineficácia.

### 3.4.2. Validade

Há diversos posicionamentos quanto ao conceito de validade<sup>196</sup>. Para Kelsen “validade de uma norma é sua existência específica, ideal. Que uma norma ‘vale’ significa que ela é existente. Uma norma que não vale, não é norma, porque não existe”<sup>197</sup>. Para Kelsen validade e existência (vigência) são sinônimos.

A doutrina tem apresentado, contudo, distinção entre vigência e validade, contrariando a tese kelseniana. Assim, defende-se que uma norma pode ter vigência, mesmo não sendo válida. Luís Roberto Barroso afirma que:

a existência de um ato jurídico – que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos – verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. [...] Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição. [...] Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei o ato será *existente*. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude – possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*<sup>198</sup>.

<sup>196</sup> Sérgio Cademartori faz uma análise da relação validade/eficácia dos seguintes autores: Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Alf Ross, Aulis Aarnio, Joseph Raz, Norberto Bobbio, Tércio Sampaio Ferraz Junior. p.46-71 Afirma que “para a maioria dos autores contemporâneos, uma norma é válida quando pertence a um ordenamento jurídico por haver sido produzida pelo órgão competente e de acordo com o procedimento regular”. p. 44 - CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>197</sup> Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 36.

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 75-6.

Para Bobbio: “Uma norma existe como norma jurídica, ou é juridicamente válida, enquanto pertence a um ordenamento jurídico”<sup>199</sup>, ou seja, uma norma é considerada válida se fizer parte de um ordenamento jurídico<sup>200</sup>.

E como constatar se esta norma pertence ao ordenamento jurídico? Bobbio nos dá a resposta, afirmando que esta verificação será feita através análise de sua inserção no sistema normativo existente, grau por grau (uma vez que este é constituído por normas superiores e inferiores, dispostas numa ordem hierárquica), até chegar-se a norma fundamental<sup>201</sup>.

Este trabalho não tem a pretensão de adentrar a todas as definições e posicionamentos doutrinários que existem acerca da validade, o que por si só poderia constituir objeto de um longo estudo. Convém ressaltar, porém, que se entende haver diferença entre validade e vigência, uma vez que uma norma pode entrar em vigor (ter integrado a ordem jurídica), independente de sua validade, concordando com o posicionamento de Luís R. Barroso.

Este também é o ensinamento de Luigi Ferrajoli, para quem a vigência diz respeito aos aspectos formais do ato normativo, enquanto que a validade está vinculada ao

<sup>199</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. reimp. São Paulo: Polis; Brasília: Editora UnB, 1991. p. 60

<sup>200</sup> O termo ‘ordenamento jurídico’ é utilizado no sentido de ‘sistema normativo’, ou seja, o conjunto de normas jurídicas de determinado Estado.

<sup>201</sup> BOBBIO, Norberto *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 58-59. Bobbio formula um conceito bastante claro do que seja a norma fundamental. Veja-se: “Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou se quisermos, supremo, originário num ordenamento jurídico. Mas, se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas. Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental”.

“Assim podemos responder como se pode estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento: remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental. E porque o fato de pertencer a um ordenamento significa validade, podemos concluir que uma norma é válida quando puder ser reinserida, não importa se através de um ou mais graus, na norma fundamental. Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema”. p. 61-62.

respeito às normas substanciais sobre a sua produção, ou seja, a validade se relaciona com a sua constitucionalidade (aspectos materiais)<sup>202</sup>.

Assim, dada a divergência de opiniões, se adotará como conceito de validade o proposto por Luigi Ferrajoli, ou seja, uma norma será válida quando não possui vícios materiais, ou seja, não está em contradição com normas de hierarquia superior.

Cotejando o direito inscrito no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal com os conceitos apresentados de validade, pode-se afirmar a sua validade tanto para Kelsen (pois existe e está em vigência), bem como para Bobbio (pois faz parte do nosso ordenamento jurídico) e, da mesma forma para Ferrajoli, posto que trata-se de norma constitucional, que não está em contradição com outros princípios constitucionais. O princípio de proteção da relação de emprego, sob o ponto de vista jurídico, tem, portanto, vigência e validade em nosso ordenamento.

### 3.4.3. Eficácia

Antes de adentrar-se ao conceito de eficácia, convém ressaltar que esta pode ser enfocada sob duas noções: a eficácia jurídica e a social. Neste título ela será abordada sob o aspecto jurídico. A eficácia social, também denominada de efetividade, será abordada adiante. Para a presente abordagem não se adentrará na discussão quanto à natureza das normas que imprimem existência aos direitos fundamentais, ou seja, se estas tem natureza constitucional ou ante-estatal ou supra-estatal, uma vez que se partirá da

---

<sup>202</sup> “Trata-se efetivamente de dois conceitos assimétricos e independentes: a *vigência*, respeitando a *forma* dos atos normativos, é uma questão de *correspondência* ou subsunção das formas dos atos geradores de normas relativamente às previstas pelas normas formais sobre a sua formação; a *validade*, respeitando ao seu *significado*, é antes uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as substanciais sobre a sua produção”. FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 96.

premissa do reconhecimento explícito do Direito ao Trabalho e a proteção da relação de emprego, conforme consta do Texto Constitucional.

Para José Afonso da Silva a eficácia jurídica “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exectoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade”<sup>203</sup>.

Dentre as sistematizações propostas para o problema da eficácia jurídica, teve grande aceitação a do professor José Afonso da Silva. Segundo ele, as normas constitucionais se dividem em três tipos quanto à eficácia: norma de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. As de eficácia plena são dotadas de aplicabilidade direta e integral, não necessitando regulamentação para sua aplicação e não podendo haver limitação pelo legislador ordinário. As normas de eficácia contida possuem aplicabilidade imediata e direta, porém, não integral, havendo possibilidade de restrição do alcance do preceito pelo legislador infra-constitucional. As de eficácia limitada são providas de aplicabilidade indireta, mediata e não integral, dependendo de regulamentação para tornarem-se aplicáveis. As normas de eficácia limitada podem constituir-se em princípios institutivos ou organizatórios e declaratórias de princípios programáticos<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 55-6.

<sup>204</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 73, 79, 89, 105 e seg. Manoel Gonçalves Ferreira Filho apresenta classificação semelhante, com nomenclatura diferente, dividindo as normas constitucionais em auto-executáveis e não-auto-executáveis. As normas auto-executáveis são aquelas que não precisam de regulamentação para se tornarem aplicáveis. As não-auto-executáveis carecem de regulamentação, sendo de três espécies: 1) normas incompletas, que não são suficientemente definidas, seja quanto à hipótese, seja quanto à disposição; 2) normas condicionadas, que ficam condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes; 3) normas programáticas, que indicam planos ou programas de atuação do governo. FERREIRA FILHO, M. *Curso de Direito Constitucional*. p. 12-3.

Com fundamento nestes argumentos, pode-se afirmar que todas as normas constitucionais tem alguma eficácia, ainda que esta seja limitada a orientação do legislador ordinário, que deverá atender aos limites dos dispositivos constitucionais.

Em decorrência deste aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet, após analisar as diferentes sistematizações propostas pelos autores nacionais, propõe que as normas constitucionais sejam classificadas em normas constitucionais de alta densidade normativa e baixa densidade normativa.

Pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica. Esta terminologia, além de contornar as pertinentes críticas tecidas em relação às concepções clássicas (normas auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis) ressalta justamente o critério da densidade normativa, como fator decisivo – [...] – para a graduação da eficácia das normas constitucionais<sup>205</sup>.

E qual seria o grau de eficácia jurídica da proteção da relação de emprego, prevista no dispositivo constitucional do art. 7º, inc. I? Tem aplicação imediata?

Uma análise literal do texto leva a conclusão de que o exercício pleno deste direito depende de regulamentação, a ser feita mediante lei complementar. Logo, não constitui uma norma de eficácia plena. Tampouco é uma norma de eficácia limitada<sup>206</sup>, posto que foi regulamentada (embora não integralmente) através do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Além disso, não constitui a enunciação de um princípio programático, e sim o reconhecimento de um direito, em harmonia com outros

<sup>205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 226.

<sup>206</sup> Antônio Alves da Silva entende que “trata-se de uma norma constitucional limitada, já que, por expressa vedação constitucional, estabelece apenas um princípio, o da relação de emprego protegido contra dispensa arbitrária, que só terá vigência quando for regulamentado por lei complementar. Até lá, o sistema vigente é o da anterior, ligeiramente modificado segundo o artigo 10, I, das DCT”. SILVA, Antônio Alves da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. p. 248.

direitos constitucionais (como o aviso prévio, fundo de garantia e seguro desemprego, por exemplo). A posição mais adequada parece ser a que considera o dispositivo do artigo 7º, inciso I, como uma norma de eficácia contida<sup>207</sup>, uma norma condicionada<sup>208</sup>, cuja aplicação integral depende de fixação de limites pelo legislador.

A eficácia jurídica da proteção do art. 7º, inc. I, restou, até o momento, restrita ao aumento da indenização compensatória (de 10 para 40% dos depósitos do FGTS), a enunciação das garantias no emprego à gestante e ao cipeiro e aos demais casos de garantias no emprego abordados no capítulo II. Para a sua eficácia plena há necessidade de uma atuação do legislador, no exercício de uma prestação positiva do Estado. Segundo Luís Roberto Barroso, os direitos sociais tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Três são as situações possíveis dos tutelados por estes direitos em relação às normas que os reconhecem: 1) geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção do Estado; 2) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado – como é o caso da edição de lei regulando a proteção da relação de emprego; 3) contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora<sup>209</sup>.

Cabe ressaltar, pois, sob o enfoque da eficácia jurídica, ou seja, sob a possibilidade de aplicação do princípio reconhecido no art. 7º, inc. I, da Constituição Federal, que nada impede sua aplicabilidade imediata. A proteção da relação de emprego é contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, conceitos estes que nossa legislação já dispõe. Claro que poderão vir a ser restringidos pelo legislador, no caso de edição de lei complementar, mas isto não deveria ser argumento para não garantir a aplicabilidade imediata do direito à proteção da relação de emprego.

---

<sup>207</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. p. 281.

<sup>208</sup> De acordo com a classificação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, anteriormente citada.

<sup>209</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 102-3.

#### 3.4.4. Eficácia social ou efetividade

Todas as disposições constitucionais têm algum interesse, algum objetivo que buscam atingir. Não se tratam de meros conselhos, cuja observância fica a critério de quem está no exercício do poder. As normas constitucionais tem, portanto, um caráter de imperatividade, ou seja, obrigam a conduta dos destinatários. Esta imperatividade, porém, pode variar de intensidade, dependendo do grau de eficácia imediata que se tenha assegurado pelo constituinte, ou seja, de quais efeitos jurídicos foram possibilitados pela norma que regula aquele fato.

A eficácia social está relacionada ao cumprimento efetivo do Direito, ao reconhecimento deste pela sociedade. É a colocação em prática, ou seja, a concretização do comando normativo. Luís Roberto Barroso leciona que “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”<sup>210</sup>.

Kelsen, analisando aspectos da dinâmica jurídica, apresenta o princípio da efetividade, segundo o qual “uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas”<sup>211</sup>, ou seja, para haver efetividade de uma norma deve haver correlação da situação fática com o mundo do *dever-ser* normativo.

Uma norma é efetiva, portanto, quando é de fato observada pelos seus destinatários e pelos órgãos responsáveis pela sua aplicação. Passe-se pois a verificação da efetividade do direito à proteção da relação de emprego.

---

<sup>210</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 79.

<sup>211</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 290-1.

Veja-se o que diz a norma constitucional inscrita no art. 7º, inc. I, da Constituição Federal. Diz ela: “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A análise literal do dispositivo nos pode conduzir a qual conclusão quanto à terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador, de forma arbitrária ou sem justa causa? Entendo que apenas uma seria coerente e estaria em harmonia com os princípios constitucionais, qual seja, a dispensa de qualquer empregado só poderá ocorrer se for fundada em motivo considerado como não arbitrário, isto é, necessariamente deve haver um fato motivador não arbitrário ou uma justa causa para que possa ser efetivada.

O que diz a realidade fática contraria a afirmativa acima. A regra que se presencia é da terminação da relação de emprego sem a apresentação de uma causa, ante a aceitação de que não há necessidade de motivação objetiva do ato de dispensa.

Infelizmente, constata-se que a restrição ao direito potestativo do empregador em dar por finda a relação de emprego ficou, na prática, limitada ao aumento do valor da indenização compensatória de 10 para 40% dos depósitos do FGTS.

Argumenta-se para a não observância da norma, que o exercício deste direito depende de edição de lei complementar. Assiste razão em parte, mas não para a inaplicabilidade imediata deste direito fundamental, uma vez que a legislação atual já define o que seja a dispensa arbitrária (art. 165 da CLT) ou sem justa causa e ante a disposição da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, conforme prevê o art. 5º, § 1º da Constituição.

A efetividade ou eficácia social de uma norma está diretamente ligada a sua eficácia jurídica, no aspecto relacionado à possibilidade de sua incidência sobre as



situações fáticas, produzindo os efeitos que lhe são próprios. Se a norma jurídica não apresentar possibilidade de realização, será inviabilizada a sua efetividade. No caso em análise, há plena possibilidade de aplicação da norma constitucional na prática. A escolha, contudo, tem sido pelo não reconhecimento deste direito, tirando a eficácia social de uma norma com um alcance social tão grande e importante.

Há que se modificar a interpretação adotada em relação a esta norma trabalhista, adotando, conforme ensina Tarso Genro, um método de interpretação dialético-teleológico, com o objetivo de concretização “do princípio do progresso social”, previsto no *caput* do art. 7º da Constituição<sup>212</sup>. Determinando a Lei Maior que as leis relacionadas aos direitos dos trabalhadores devem visar a melhoria de sua condição social, resta clara uma limitação constitucional para o sentido das normas a serem promulgadas: estas devem representar uma condição benéfica ao trabalhador.

O art. 7º, inc. I, contém uma norma que ordena ao legislador a edição de lei para regulamentação deste direito. Trata-se, conforme ensinamento de Bobbio, de uma norma que manda ordenar<sup>213</sup>, ou seja, o legislador ordinário tem a obrigação de produzir norma de defina como será protegida a relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. A omissão do legislador evidencia uma gritante inconstitucionalidade por omissão, uma vez que decorreu um grande lapso de tempo desde a promulgação da Lei Maior, tempo mais que o suficiente para regulamentação deste direito fundamental. Entretanto, esta não é a posição prevalecente na doutrina, que contenta-se com o aumento da indenização compensatória do FGTS, através das disposições do art. 10 do ADCT.

O STF também colaborou neste sentido, ao não reconhecer a mora do

<sup>212</sup> GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 85-6.

<sup>213</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 47 – Bobbio foge da classificação clássica das normas em imperativas, proibitivas e permissivas, apresentando classificação que distingue nove tipos de normas.

legislador, conforme decisão proferida no Mandado de Injunção n. 114, que visava o suprimimento da lei complementar prevista no art. 7º, inc. I, da CF/88, não editada pelo Congresso Nacional, relativa a proteção da relação de emprego, contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.<sup>214</sup>

Não buscar o reconhecimento e a aplicação imediata deste preceito constitucional é abortar o próprio direito. Isso é ensinado por Martins Catharino, ao afirmar que:

impõe-se eliminar, imediata ou mediata, a possibilidade de norma constitucional inanida, sem dinâmica, sujeita à condição suspensiva, ou até resolutiva. Se a solução não for prevista, pelos próprios constituintes, continuará havendo *norma 'constitucional' natimorta*, com atestado de óbito lavrado na própria Constituição, sem ressurreição e sem repristinação. As observações acima deixadas ganham ainda mais justificação em se tratando de direitos trabalhistas, realistas por natureza<sup>215</sup>.

Os 'remédios' constitucionais previstos para a solução deste impasse, quais sejam, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, tem-se mostrado ineficazes, para não dizer inexistentes. Nosso Supremo Tribunal Federal, com base na jurisprudência emitida<sup>216</sup>, vem resistindo a desempenhar a função importantíssima que se origina da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. Caberia a ele suprir as lacunas não atendidas pela omissão do legislador pátrio, em decorrência do retardamento no cumprimento dos imperativos constitucionais.

O que tem-se presenciado, entretanto, é o apego a argumentos de ordem

<sup>214</sup> O STF entendeu que a mora não restou configurada, uma vez que suprida, embora provisoriamente, pelas disposições do art. 10 do ADCT, o que não inviabiliza o exercício do direito reclamado. MI-114/SP – Rel. Ministro Octavio Galloti, DJ 19.02.1993, unânime.

<sup>215</sup> CATHARINO, José Martins. *Direito Constitucional e Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 85.

<sup>216</sup> Em várias decisões em Mandados de Injunção o STF tem-se limitado a reconhecer a mora do Congresso Nacional, sem contudo suprir as lacunas. Ao analisar o MI-369/DF, sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, negou o pedido, apenas reconhecendo a mora do Congresso para a sua regulamentação (DJ 26.02.1993, Rel. Ministro Neri da Silveira, por maioria). Em outros processos que buscavam o reconhecimento dos juros reais de 12% o STF se ateve em comunicar ao Poder Legislativo sobre a mora em que se encontra, sem adotar uma medida satisfativa do direito pleiteado, que lhe caberia (MI-430/DF, DJ 18.08.1995, Ministro Marco Aurélio, por maioria; MI-323/DF – DJ 09.12.1994, Ministro Moreira Alves, por maioria). Ver também decisões nos MI-283 e MI-284.

formal ou material, esquecendo-se o legislador do resultado positivo que poderia haver se fosse adotada uma postura preocupada com a efetivação dos princípios constitucionais. Presencia-se, assim, diariamente, a prevalência da realidade sobre a norma jurídica.

### 3.4.5. Justiça

A concepção da justiça de determinada norma implica em um juízo de valor<sup>217</sup>, ou seja, a verificação se a conduta prevista pela norma é ‘boa’ ou ‘má’. Os valores reconhecidos pelas normas constitucionais constituem-se numa opção política de um Estado, de uma sociedade, sendo que determinada conduta pode ser vista tanto como positiva ou negativa, conforme seja feita a sua regulação.

Ferrajoli apresenta uma nova designação para o termo justiça: “[...] podemos llamar *justicia interna* (o *legal*) a la correspondencia entre vigencia y validez en el seno de cada ordenamiento: de las leyes respecto a la constitución y de las sentencias respecto a las leyes; y *justicia externa* a la correspondencia entre validez y justicia, es decir a la adhesión del ordenamiento em su conjunto a valores políticos externos”<sup>218</sup>.

Bobbio, por sua vez, afirma que a coerência não é condição para validade de uma norma (podem coexistir duas normas incompatíveis) e sim condição para que seja considerada justa<sup>219</sup>.

<sup>217</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 37- 47. em que faz análise sobre a relação norma e valor.

<sup>218</sup> [...] “podemos chamar de justiça interna (ou legal) à correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento: das leis com respeito à constituição e das sentenças com respeito às leis; e justiça externa à correspondência entre validade e justiça, isto é, à adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos” (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 367.

<sup>219</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 114 Afirma o autor que podem coexistir duas normas incompatíveis do mesmo nível, sendo ambas válidas. Contudo, uma situação como esta é prejudicial a certeza jurídica, que garante a paz e a ordem, bem como a exigência de justiça, posto que não garante um tratamento igual às pessoas. A solução estaria não abrogação legislativa.

A verificação da justiça da norma inscrita no artigo 7º, inciso I, da Constituição constitui, desta forma mais uma análise extrajurídica que jurídica. É evidente, que a coerência e validade, como afirma Bobbio, são importantíssimas para não se concretizarem situações díspares, que importariam num tratamento desigual. O ponto principal, contudo, para verificação da justiça desta norma deve ser o atendimento ao conjunto de valores políticos. E a quais valores políticos se deve ater para a análise? Certamente devem ser os princípios fundamentais inscritos em nossa Constituição.

Assim, estando o valor social do trabalho entre os fundamentos de nosso Estado democrático de direito e sendo reconhecido como direito social, a proteção da relação de emprego só pode ser vista como uma norma imbuída do maior espírito de justiça e como uma preocupação da sociedade que reconhece a necessidade de sua existência para a manutenção da paz social.

### **3.5. A monetarização da proteção da relação de emprego**

As transformações desencadeadas pelo processo de globalização da economia estão levando a ordem econômica internacional ao colapso, bem como suas instituições. A concorrência internacional aumentou, enfraqueceu-se o poder decisório dos Estados e intensificou-se a desregulamentação de alguns aspectos relacionados com o mercado (de regras do próprio capitalismo) e, sobretudo, dos direitos sociais. As mudanças estruturais, tecnológicas, produtivas e organizacionais transformaram o mundo do trabalho. De um lado surgiram novas formas de organização da produção e um trabalhador mais polivalente e qualificado. De outro lado, aumentou a insegurança do mundo do trabalho até nos países avançados (desemprego, subemprego, concentração de renda, novas formas de

trabalho, sindicatos debilitados e exclusão social), o que constitui verdadeira desordem do trabalho<sup>220</sup>.

Para atender as exigências dessa economia se apregoam processos denominados de desregulamentação, flexibilização e terceirização. Todos voltados para o objetivo principal do modo de produção capitalista, qual seja, a maximização do lucro. O trabalho tem conotação de mercadoria, de fator de custo, numa concepção totalmente contrária aos princípios do Direito Internacional do Trabalho. Na visão do capitalismo globalizado, parece inexistir responsabilidade e função social da empresa.

Parece que nosso legislador nacional está se filiando a este posicionamento, ao resistir em proteger de forma mais efetiva a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, acolhendo a orientação do princípio da justificação social da despedida.

A proteção da relação de emprego foi provisoriamente regulamentada através do artigo 10, inciso I, do ADCT, que apenas aumentou a indenização compensatória de 10 para 40% dos depósitos do FGTS e previu duas hipóteses de garantia no emprego (cipeiro e gestante). Esta regulamentação provisória retira totalmente a eficácia da norma constitucional, uma vez que a proteção que reconhece contraria as finalidades do direito fundamental, ou seja, privilegia a possibilidade de terminação da relação de emprego, desde que paga a indenização ao invés de optar pela continuidade da relação de emprego.

Antonio Carlos Flores de Moraes é enfático ao afirmar que:

A verdade é que, com o Fundo, passou o patronato a ficar com as mãos livres, dispensando os empregados como meros integrantes da mão-de-obra, como coisas, e não como pessoas que são, partes num contrato legitimamente celebrado. Afinal, em todo contrato deve reger o princípio

---

<sup>220</sup> MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1996. p. 15.

da boa-fé, sem abuso de qualquer dos contratantes. A prática atual é de completa denúncia vazia, daquilo que a doutrina civil chama de ato jurídico abstrato, não causal, isto é, de ato praticado que dispensa a existência ou invocação de uma causa legítima para lhe dar validade. É o pânico, é a rotatividade da mão-de-obra, é o desespero e o desemprego. Muitas dispensas são arbitrárias e imotivadas, tendo em vista a substituição de um empregado por outro, ou por outros, com remuneração menor<sup>221</sup>. (grifei)

Carmen Camino sustenta que teria sido melhor se a Constituição fosse omissa quanto a regras de proteção contra o despedimento imotivado, uma vez que ao remeter a regulamentação para lei complementar, na prática, acabou inviabilizando a pretendida proteção. Se não houvesse menção na Constituição, este direito poderia ser assegurado por meio de lei ordinária, cujo processo de aprovação é mais simples que a lei complementar, que exige maioria absoluta do Congresso Nacional<sup>222</sup>.

Prova disto é o fato de que já decorreu um enorme lapso de tempo desde a promulgação da Carta de 1988 e ainda não foi editada a propalada lei complementar que viria a regulamentar a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. A realidade nos mostra que esta proteção acabou restringida às hipóteses de garantia no emprego e ao aumento da indenização compensatória para 40% do valor dos depósitos do FGTS, já analisados anteriormente.

A garantia constitucional da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa acabou, por força da disposição constitucional transitória, transformando-se em indenização compensatória, que uma vez paga, não configura a dispensa abusiva. Esta postura retrata uma visão economicista, para a qual interessa apenas a correspondência monetária, sem atentar para outros valores que estão vinculados ao trabalho, como o fato de sentir-se útil numa sociedade. O trabalho não pode ser considerado uma simples mercadoria, cujo preço justo é o salário. Há diversos outros aspectos psicológicos e

<sup>221</sup> MORAES, Antonio Carlos Flores de. A Convenção 158 da OIT: A Despedida Arbitrária e Sem Justa Causa. p. 329.

<sup>222</sup> CAMINO, Carmen. *op. cit.*, p. 289.

sociológicos a ele vinculados, os quais, contudo, não serão objeto de abordagem deste trabalho, dada a sua complexidade. Com esta afirmativa se quer evidenciar a multifatoriedade de aspectos ligados ao trabalho sob a forma de emprego e sobretudo o valor social que o mesmo possui.

Vale lembrar, que já em 1948 se reconhecia a importância de proteção aos direitos do homem, e entre estes o direito ao trabalho e a proteção contra o desemprego, como fator responsável pela manutenção da paz social. Assim está redigido um dos considerandos do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”<sup>223</sup>.

Entretanto, passadas várias décadas desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e da criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho (1919), está-se presenciando um ataque aos direitos trabalhistas, enquadrando estes como sendo os vilões da crise econômica internacional. Um enorme desemprego assola o mundo, numa total contradição com os princípios enunciados nos tratados internacionais. Não bastasse o desemprego que assusta o mundo, estão a defender que quem está empregado deve ter seus direitos reduzidos ou, na melhor das hipóteses, flexibilizados. Será necessário o surgimento de grandes conflitos decorrentes das relações de trabalho para que ressurgja uma visão menos economicista do trabalho?

A realidade mostra uma precariedade da relação de emprego no Brasil. O reconhecimento por nossos tribunais e doutrinadores de um direito potestativo (pouco restringido) do empregador, propicia que a dispensa ocorra por motivos muitas vezes

---

<sup>223</sup> RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 357.

discriminatórios e outros até torpes, ante o reconhecimento da não exigência de motivação objetiva. Como o empregador não precisa justificar seu ato, pode dispensar seus empregados por qualquer motivo subjetivo, desde um simples questionamento quanto ao pagamento de horas extras, ou outro fato como uma falta sem apresentação de justificativa legal. O empregador também pode descobrir que o time de futebol para o qual o empregado torce não é o mesmo que o seu, ou ficar irritado com o fato de uma empregada não aceitar uma ‘cantada’ sua, e isto motivar a dispensa. O direito internacional consideraria qualquer destas circunstâncias uma aberração jurídica. No Brasil, porém, isto não só é juridicamente válido (aqui considerados os aspectos da vigência e validade da norma), como se chega ao absurdo de considerar justo, uma vez que serão pagos os direitos assegurados pela nossa legislação. A posição do empregado é de eterna insegurança, pois não sabe se no dia seguinte continuará empregado ou fará parte da grande massa de desempregados que cresce a cada dia.

A conclusão mais acertada frente aos argumentos apontados parece ser a apontada por Carmen Camino:

Não há proteção de emprego no Brasil. [...] Fruto de uma visão economicista do valor do trabalho, a política de emprego no Brasil, no transcorrer das três últimas décadas, tem sido desastrosa, com notória tendência de considerar o trabalho humano mero fator de produção, de oferta abundante e escassa procura. [...] O empregador vê no seu empregado uma simples fonte de energia, força de trabalho que, embora imprescindível, é descartável e de reposição garantida porque abundante a oferta. Tem a seu favor o poder de despedir, praticamente sem ônus, espécie de espada de Dâmocles a pender sobre a cabeça de seu empregado e a determinar a submissão deste a toda sorte de ordens abusivas e de direitos inadimplidos. O empregado vê no seu empregador um algoz e apenas suporta o emprego, diante do mal maior do desemprego. Porque consciente da precariedade do vínculo com a empresa, não tem o mínimo incentivo para nela progredir, aplicar-se ao trabalho. As próprias relações interpessoais na empresa são marcadas pela superficialidade e efemeridade<sup>224</sup>.

<sup>224</sup> CAMINO, Carmen. *op. cit.*, p. 288-90.



A criação apenas de indenizações ou de compensações pelo tempo de serviço, em caso de dispensa, confrontando-se com aspectos de nossa evolução histórica, econômica, social e jurídica, deixa evidente que não solucionará o problema. Além disso, há que se levar em consideração o porte da empresa, ante os reflexos diversos que ocorrem numa pequena empresa ou num grande conglomerado.

A indenização compensatória a que alude a Constituição deveria proporcionar um freio ao exercício do direito de despedir do empregador, procurando minorar os danos causados ao empregado. A legislação a ser editada deve levar em consideração a situação pessoal do dispensado, tendo em vista a maior ou menor possibilidade de obter novo emprego e mesmo salário. O aviso prévio deveria ser maior para quem tivesse mais tempo de serviço, com um sistema progressivo para o cálculo, começando em 30 dias, como assegura a Constituição. O sistema atual de pagamento de indenizações acaba penalizando o pequeno empregador, não consistindo em obstáculo as empresas de grande porte, sobretudo, as empresas transnacionais, cujo poderio financeiro supera inclusive o de alguns Estados-nações. Para estas, o único freio capaz de conter as dispensas seria a obrigação da apresentação de uma motivação objetiva.

A dura realidade têm comprovado, contudo, que: “na civilização do capital, o trabalho ficou em situação de inferioridade, porque o direito protegeu mais os interesses pecuniários que os interesses humanos, pondo a sua rede de segurança mais sobre o dinheiro que sobre a energia produtiva do homem”<sup>225</sup>.

Em que pese a correção da afirmação de Amaro Barreto (ante a realidade fática que se presencia), pode-se buscar uma nova realidade, conciliando valores

---

<sup>225</sup> BARRETO, Amaro apud LOBO, Eugênio Roberto Haddock. *A conceituação do profissional liberal ao correr dos tempos – profissional autônomo versus profissional empregado*. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, a. II, n. 2, p. 31, 1994.

reconhecidos na Constituição, buscando harmonizá-los, com o intuito de realizar a denominada vontade de Constituição, que será abordada adiante.

### 3.6. Direitos fundamentais e vontade de Constituição

A história tem demonstrado que o desenvolvimento das Constituições nem sempre se mostrou apto a controlar os poderes políticos, confirmando, aparentemente, que o poder da força é superior à força das normas jurídicas, que “a normatividade submete-se à realidade fática”. A tensão entre realidade e norma constitui uma situação de conflito permanente. A idéia de supremacia da Constituição real significa a negação da própria Constituição jurídica, que implica na descaracterização do Direito Constitucional como ciência normativa, convertendo o mesmo numa simples ciência do ser, uma vez que não estaria a serviço de uma ordem estatal justa. Ao contrário, se admitir-se que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, estar-se-á retirando o fundamento da doutrina da negação do Direito Constitucional. Esta seria a força normativa da Constituição<sup>226</sup>.

Esta força normativa tem seus limites, devendo atender o princípio da necessidade, ou seja, sua força vital e eficácia devem basear-se nas circunstâncias e tendências existentes em seu tempo. A força normativa da Constituição não reside apenas na adaptação inteligente a determinada realidade. A própria Constituição pode converter-se em força ativa se conseguir fazer presentes, na consciência geral e, sobretudo, na dos responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

---

<sup>226</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 10-11.

Essa vontade de Constituição resulta da compreensão de três fatores: 1) da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra arbitrariedades; 2) na compreensão de que a ordem constitucional não é legitimada apenas pelos fatos; 3) na consciência de que essa ordem para ser eficaz depende da vontade humana<sup>227</sup>.

Nossa Constituição reconhece como direitos sociais o direito ao trabalho e o direito à proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, além de diversos outros que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores. Também reconhece o valor da livre iniciativa (capital). A realidade fática, contudo, tem mostrado que apenas a livre iniciativa está tendo oportunidades, ficando estes direitos sociais no mundo do “dever-ser”. A despedida imotivada continua sendo vista como um direito potestativo do empregador.

Tarso Genro comenta este fato de forma muito lúcida ao afirmar que

a despedida, como ato de justiça privada do empregador, que surge de um julgamento de mera conveniência econômica, é um dos momentos mais fortes de negação das propostas constitucionais que configuram os chamados direitos sociais. É o momento em que os direitos do trabalhador tornam-se mais evidentemente meras propostas programáticas, sem qualquer eficácia prática, ou seja, sem qualquer vinculação à práxis humana, circunscrita historicamente a um determinado modo de produção<sup>228</sup>.

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser não auxilia na solução do conflito entre Constituição real e Constituição jurídica. A ênfase numa ou noutra direção conduz ou a uma norma despida de elementos da realidade ou de uma realidade esvaziada de elemento normativo. A solução parece estar na renúncia a escolha entre uma e outra alternativa<sup>229</sup>. A relação entre a realidade e a

---

<sup>227</sup> HESSE, K. *op. cit.*, p. 18-19.

<sup>228</sup> GENRO, Tarso. *Direito Individual do Trabalho*. p. 164.

<sup>229</sup> HESSE, K. *op. cit.*, p. 14.

norma deve ser de interdependência, num processo de cooperação. As normas jurídicas somente terão eficácia se levarem em consideração as condições históricas, naturais, técnicas, econômicas e sociais. Na medida em que se consiga a eficácia das normas constitucionais, a Constituição adquire força normativa<sup>230</sup>.

Quanto maior for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, maior será sua força normativa, ou seja, a intensidade desta força depende da vontade de Constituição. A prova de força da Constituição se dá em situações de necessidade, onde se pode constatar se será homenageada e respeitada ou violada e alterada em virtude da situação fática. As restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição são menos significativos, na medida em que seja intensificada a vontade de Constituição<sup>231</sup>.

Parece que o legislador nacional está tendo dificuldade em identificar que à proteção da relação de emprego constitui um dos direitos fundamentais reconhecidos em nossa Constituição. Se a posição adotada continuar sendo a de passividade, continuará havendo o desrespeito e a negação da vontade de nossa Constituição, para atender aos interesses particulares do capital, em detrimento da maior parte da sociedade. Há necessidade de conciliação entre os interesses do capital e do trabalho, buscando ambos a realização de valores sociais. Tanto a empresa como o trabalho tem uma função social a serem buscadas e isto nossa própria constituição já reconheceu.

### 3.7. O valor social do trabalho

A concepção jurídica do trabalho, vinculado à relação de emprego, é um conceito decorrente do modo de produção capitalista<sup>232</sup>, no qual a força de trabalho é

---

<sup>230</sup> HESSE, K. *op. cit.*, p. 15-6.

<sup>231</sup> HESSE, K. *op. cit.*, p. 24-25.

<sup>232</sup> GENRO, Tarso. *Direito Individual do trabalho*, p. 25.

vendida pelo trabalhador em troca de uma remuneração, denominada de salário. O reconhecimento da importância do trabalho e seus reflexos na sociedade conduziram ao surgimento do próprio Direito do Trabalho e a um novo modo de encará-lo. Convém recordar que faz pouco mais de um século que foi abolida o sistema escravagista de produção no Brasil. E, na antigüidade, o trabalho braçal sempre foi considerado uma atividade degradante, a ser realizada pelos servos.

A preocupação com o tema trabalho ganha relevo neste final de século XX em decorrência dos altíssimos índices de desemprego, tanto nos países desenvolvidos como nos países considerados periféricos. O desemprego deixa a sociedade apreensiva quanto ao seu futuro.

Viviane Forrester faz uma das críticas contemporâneas mais severas ao atual modelo de produção capitalista. Em sua análise do mundo do trabalho e dos reflexos da evolução tecnológica sobre este, conclui que a atual crise do emprego tem sua causa nas manobras do poderio econômico, que acaba controlando o próprio Estado ao invés de ser controlado<sup>233</sup>. Tudo acaba sendo válido se propiciar o atingimento do objetivo econômico, qual seja, o lucro.

Jacques G  n  reux tece uma crítica ao trabalho de Viviane Forrester, ainda que concorde com vários dos argumentos por ela apresentados. Para ele, o problema do desemprego está vinculado às decisões políticas e não ao poderio econômico<sup>234</sup>.

Em 1999 a Confedera  o Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), consciente do problema crescente do desemprego, escolheu para a 36   edi  o da Campanha da Fraternidade o lema: "Sem trabalho ... Por quê?". A Igreja buscou levantar o debate

---

<sup>233</sup> FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Tradu  o de   lvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 30.

<sup>234</sup> GÉNÉREUX, Jacques. *O horror político: o horror não    econômico*. Tradu  o Elo   Jacobina. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

sobre tema tão importante, alertando seus fiéis sobre a necessidade de uma preocupação maior com a dignidade da pessoa humana, condição essencial para a sobrevivência do próprio povo e do Estado.

D. Cláudio Hummes, Arcebispo de São Paulo, comentando o assunto, afirma que “o desemprego humilha a pessoa, deprecia-se diante de si mesma, de sua família e de seu meio social. Impede-a de ganhar sua vida e a de seus dependentes com o fruto do seu próprio suor, torna-a dependente da ajuda dos outros, dá-lhe a impressão de ser inútil. Ameaça-a de rápido empobrecimento. Por isso, a situação a desanima e a revolta interiormente”<sup>235</sup>.

Não há como contestar que a terminação da relação de emprego, por iniciativa do empregador, afeta a vida do trabalhador, produzindo efeitos econômicos, morais e jurídicos. Entre os efeitos econômicos pode-se citar a redução do poder de consumo do trabalhador dispensado, fato que afeta diretamente sua família e de forma indireta o próprio setor empresarial, bem como a arrecadação de impostos pelo Estado. Os efeitos morais são negativos para o trabalhador e sua família, posto que, se não conseguir outra fonte de renda logo, terá problemas financeiros, com o risco de cair na miséria e ter que achar alternativas para a sobrevivência, inclusive com o risco de se tornar delinquente. Os efeitos jurídicos dizem respeito ao pagamento dos direitos assegurados pela legislação ao trabalhador dispensado, visando compensá-lo pela perda do emprego e ampará-lo provisoriamente<sup>236</sup>.

O desemprego pode levar a um processo de dessocialização progressivo, pois faz o indivíduo sofrer ao atacar os alicerces de sua identidade. Gera um sentimento de

---

<sup>235</sup> HUMMES, Cláudio. *O direito ao trabalho. Folha de São Paulo*. 24/02/1999. Cad. 1, p. 3.

<sup>236</sup> LUGO, Osvaldino Rojas. *Despedida arbitrária ante a garantia de emprego*. In: RODRIGUES, Aluisio (Coord.) *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 185-90.

medo diante da ameaça da exclusão<sup>237</sup>.

A possibilidade da terminação unilateral da relação de emprego por parte do empregador decorre da valorização de uma postura liberal individualista, calcada na noção de direito potestativo e que tem conduzido ao desemprego, fome e miséria de muitos trabalhadores.

Contra esta idéia, surge uma nova posição, na qual o empregado passa a ter reconhecido seu direito ao trabalho. Teixeira Manus afirma que “a noção de direito ao trabalho decorre do dever de trabalhar que, socialmente a todos é imposto”<sup>238</sup>. O trabalho passa a ser visto como um direito do ser humano e todo trabalho realizado tem um valor social, ou seja, o resultado do trabalho é um bem econômico social e o que é produzido pelo indivíduo não é produzido apenas para si, mas para toda a sociedade. Disto pode-se afirmar que o trabalho é uma função social, fato já reconhecido nas declarações internacionais<sup>239</sup>. A título de ilustração, vale lembrar que, em nossa legislação penal, a vadiagem é considerada contravenção, o que evidencia a obrigação de trabalhar e que seja proporcionado um posto de trabalho a todos.

A questão do fundamento do reconhecimento da importância da proteção da relação de emprego teve sua solução já reconhecida a nível internacional. Assim está redigido o artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948: “Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O reconhecimento do “direito ao trabalho” consta, ainda, em diversas outras declarações internacionais<sup>240</sup>. Vale,

<sup>237</sup> DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. p. 19.

<sup>238</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. p. 42.

<sup>239</sup> BOTIJA, Eugenio Perez. *op. cit.*, p. 24.

<sup>240</sup> Ver Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 02.05.1948; Pactos de Direitos Políticos e Cívicos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 16.12.1966; Resolução 2.542 da ONU de 11.12.1969; Convenção 158 e Recomendação 166 da OIT, de 1982.

também, lembrar que nossa própria Constituição reconhece a importância do valor do trabalho, considerando um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A propagação, pelo Estado contemporâneo, de uma visão economicista do desemprego faz com que o sofrimento por ele gerado passe a ser visto como uma adversidade, um fenômeno econômico, algo que não se pode evitar. Isto conduz à adoção de uma postura de resignação da sociedade, que permanece alheia à indignação que deveria ocorrer, ao não reconhecer o desemprego como uma injustiça, numa ausência total de solidariedade. É a manifestação do processo de “banalização do mal”<sup>241</sup>, ou seja, o “processo graças ao qual um comportamento excepcional, habitualmente reprimido pela ação e o comportamento da maioria, pode erigir-se em norma de conduta ou mesmo em valor”<sup>242</sup>.

Não resta, portanto, dúvida de que o não reconhecimento da necessidade de proteção maior à relação de emprego conduz à aceitação de um sistema legal em que o sofrimento causado pelo desemprego é minimizado, criando-se uma condescendência absurda, onde a exclusão social pode ser considerada boa e justa, ou pior ainda, aceitável para a maioria que permanece incluída<sup>243</sup>.

O reconhecimento da importância do trabalho e da necessidade de medidas que busquem tutelá-lo precisa ser buscado com urgência. Não se pode permanecer no imobilismo. Precisa-se buscar formas de organização que fortaleçam o exercício de nossa cidadania, evitando que nossa abstenção alimente a desesperança da opinião pública. Precisa-se mostrar que podemos escolher nossa história<sup>244</sup>.

<sup>241</sup> DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. p. 20-1.

<sup>242</sup> DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. p. 110.

<sup>243</sup> De acordo com Jacques G  n  reux “o trabalho ainda   a regra majoritária e a falta de trabalho, o desvio reservado às minorias”. GÉNÉREUX, Jacques. *O horror político: o horror não   econômico*. p. 41.

<sup>244</sup> GÉNÉREUX, Jacques. *O horror político: o horror não   econômico*. p. 138-9 – Diz o autor ainda: “Somos todos responsáveis por nosso silêncio e por nos retrair na indiferença” p. 132.



As garantias constitucionais da proteção ao trabalho (em especial a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, abordada neste trabalho) podem ser efetivadas na perspectiva do garantismo jurídico. Esta também é a posição defendida por Alexandre Ramos: “o grau de garantismo de um determinado sistema jurídico está diretamente ligado à efetividade das normas constitucionais. O modelo constitucional brasileiro, no tocante à proteção do trabalho é garantista, na dimensão do ‘dever-ser’. Contudo, as práticas efetivas são antigarantistas”<sup>245</sup>.

Isto pode ser facilmente constatado ao se verificar as práticas efetivas do legislador pátrio, que parecem traçar um rota de colisão contra o princípio da proteção. Sob o aparente discurso da possibilidade de geração de novos empregos, aprovaram a lei do contrato de trabalho por prazo determinado (Lei 9.601/98). Também há o contrato de trabalho a tempo parcial, incluído em nosso ordenamento por meio de medida provisória (MP 1.879). Estes dois exemplos constituem um verdadeiro Cavalo de Tróia contra os princípios da continuidade e da proteção, existentes no Direito do Trabalho, apesar de todo o discurso político ser fundado em argumentos a favor dos trabalhadores. Estes novos institutos até podem gerar novos empregos, contudo, serão empregos em antítese ao princípio da continuidade, uma vez que precários, ante a curta duração.

O reconhecimento a nível constitucional de vários direitos trabalhistas, entre estes o da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, evidencia o *princípio da proteção* como um pressuposto destas normas, com seu fundamento.

O princípio da proteção rompe com a premissa da igualdade entre as partes

---

<sup>245</sup> RAMOS, Alexandre. Garantismo jurídico e o princípio de proteção no Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, n. 05, v. 64, p. 603, mai. 2000.

(empregador e empregado), protegendo o empregado, considerando-o em posição de inferioridade, ou seja, como hipossuficiente a ser tutelado pelo Estado.

Alexandre Ramos defende que, dentre os fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, apenas o *trabalho* e a *livre iniciativa (capital)* são reconhecidos como elementos materiais para a consecução de seus objetivos fundamentais<sup>246</sup>.

Não se quer, com isto dizer que o trabalho deva prevalecer sob o capital, o que nos conduziria a uma postura já superada do socialismo soviético, cuja derrocada se presenciou a pouco tempo. Tampouco trata-se de fazer uma apologia do capital, sob pena de se retornar ao Estado Liberal, onde a inexistia lugar para os direitos sociais. Nem tanto a terra, nem tanto ao mar, diria a sabedoria popular.

O trabalho e o capital são reconhecidos como fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. Ambos são reconhecidos, não apenas um ou o outro. Logo, a questão não pode ser a prevalência de um sobre o outro e sim, numa coerente interpretação de normas constitucionais, deve ser buscada a harmonização destes princípios, visando o objetivo maior, qual seja, alcançar a efetividade da vontade de Constituição, tão bem definida por Konrad Hesse.

Importante ter em mente o alerta de Bobbio, quando ao reconhecimento de novos direitos, fato que só pode ocorrer quando há carecimentos decorrentes de mudanças nas condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los<sup>247</sup>. É o caso do ato de despedida. A cada dia que passa, se torna mais urgente o reconhecimento deste direito em favor dos empregados em decorrência dos graves reflexos ocasionados pelo desemprego. E nosso ordenamento jurídico atual dispõe dos instrumentos hábeis para

<sup>246</sup> RAMOS, Alexandre. *Garantismo jurídico e o princípio de proteção no Direito do Trabalho*. p. 608.

<sup>247</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 7.

auxiliar na plena realização deste direito, que, passa a ser fundamental no momento histórico pelo qual passa a sociedade.

Não se pode, contudo, acreditar simploriamente que apenas com uma garantia jurídica o problema será resolvido. Pode-se incorrer no equívoco de se editar uma norma desvinculada da realidade e se ver esta norma jurídica ser suplantada pelos fatores reais de poder.

A eficácia social da proteção da relação de emprego importará necessariamente uma transformação da própria sociedade. Sendo os direitos fundamentais de natureza histórica, variam conforme os interesses de cada época, sendo que o que era fundamental em determinado período ou civilização pode não ser em outra época ou cultura. A relação de emprego só mereceu a atenção do Estado quando os conflitos sociais decorrentes das relações de trabalho passaram a representar uma ameaça a manutenção da própria paz social e isto é recente na história da humanidade. É bom se lembrar que até 1888 ainda havia o direito de escravizar outros seres humanos no Brasil, pelo simples fato da cor negra de sua pele. Felizmente a história fez com que o direito de liberdade fosse considerado superior ao direito de escravizar. E assim, vêem-se vários outros direitos hoje sendo reconhecidos, situações que há pouco tempo nem se cogitava, conforme também nos ensina Bobbio no livro *'A era dos direitos'*. Espera-se que, da mesma forma, haja um progresso na visão da sociedade voltado ao mundo do trabalho, e sobretudo, nos aspectos voltados ao estudo em foco, ou seja, na proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, por iniciativa do empregador. Este problema, porém, não pode ser tratado de forma isolada, esquecendo-se dos demais problemas.

O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema de sua realização não é nem filosófico, nem moral. Mas tampouco é problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo

desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. [...] A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana<sup>248</sup>.

Pode-se escolher como ponto de partida desse processo de transformação da sociedade o reconhecimento do valor social do trabalho e de sua importância para o desenvolvimento harmonioso da própria sociedade, com a garantia de que todo ato de dispensa seja socialmente justificado. Não se trata, portanto, de defender uma garantia de emprego que possa inclusive colocar em risco o emprego de outras pessoas. Há situações que justificam a dispensa, e que não são consideradas arbitrárias. Estas devem ser aceitas, tendo em conta os aspectos da coletividade que alcançam.

### **3.8. A inoperância do sistema de proteção**

Respeitadas as posições contrárias, pode-se afirmar que a norma constitucional constante do art. 7º, inc. I, constitui-se numa norma de aplicabilidade imediata, evidenciando a preocupação do legislador pátrio em corrigir a desigualdade existente entre o empregado e o empregador. Reflete, por isso mesmo, a justiça, como valor político da sociedade, não se constituindo em óbice ao desenvolvimento da atividade patronal, mas sim numa garantia de condições mínimas de proteção ao empregado.

Removidos os entraves que têm retirado a eficácia jurídica da norma constitucional, com amparo no princípio da proteção e do progresso social, se poderá alcançar a tão esperada efetividade, ou seja, o real cumprimento e concretização da proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Não se quer aqui defender um sistema de estabilidade rígida, pois, como já

---

<sup>248</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 45.

afirmado anteriormente, a evolução história já comprovou que ela conduz a uma rotatividade da mão-de-obra. Por outro lado, também não se quer defender que é mais importante a garantia da criação e existência de novos empregos.

Romita defende que as normas protetivas da relação de emprego são ineficazes, dado o alto nível de desemprego que vivenciamos, constituindo-se uma ilusão a tentativa de engessar as relações sociais por meio de normas rígidas e imutáveis, sem considerar as condições socioeconômicas<sup>249</sup>. Assim, para ele, seria mais importante a garantia de continuidade de emprego, ou seja, a geração de novos empregos, que a garantia no próprio emprego.

Sob o ponto de vista jurídico, portanto, a efetividade da proteção constitucional está mais vinculada à boa vontade e preocupação com os reflexos sociais, que com a impossibilidade jurídica. Qual realidade, porém, é vivenciada pelo empregado brasileiro, na prática, no seu dia-a-dia?

O mundo dos fatos permite afirmar que inexiste proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Os poucos casos de estabilidade previstos na Constituição e demais normas não são suficientes para assegurar a manutenção da relação de emprego. A realidade evidencia o “princípio” da insegurança na permanência no emprego. O empregado não tem como saber se continuará trabalhando ou se será dispensado no dia seguinte. E nossos tribunais, para agravar a situação, ainda tem convertido a reintegração em indenização pecuniária (nos casos de despedida injusta de empregados estáveis ou com garantia de emprego) favorecendo o abuso do poder econômico do empregador.

---

<sup>249</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo Economia Estado Democrático*. São Paulo: LTr, 1993. p. 24-5.

A visão economicista dos direitos trabalhistas tem favorecido os empregadores. Assim, desde que paguem as indenizações legais, podem cometer verdadeiros abusos de direitos, uma vez que não se reconhece a necessidade de apresentação de um motivo socialmente justificador para o despedida.

As indenizações têm-se constituído em freio apenas para os pequenos empregadores. As grandes empresas e as corporações transnacionais não tem qualquer dificuldade para pagar 'os direitos' do empregado dispensado.

Esses direitos assegurados ao empregado dispensado, contudo, nem sempre oferecem uma proteção digna até ele conseguir novo emprego. Vale lembrar que o seguro-desemprego poderá ser recebido por no máximo 5 meses, além do que, o valor máximo não chega a dois salários mínimos. Como ficam os empregados que tinham remuneração superior? E se ficarem desempregados por mais de 5 meses? E os reflexos psicológicos e morais? Existem vários fatores que devem ser analisados na despedida e não apenas os reflexos monetários da mesma.

O trabalho não pode ser considerado uma simples mercadoria, cujo preço deve ser fixado pelo mercado. É o que afirma João José Sady:

[...] não é difícil concordar em que o emprego e o preço do trabalho não podem ficar inteiramente à mercê do mercado. O direito existe no mundo das normas, projetando-se os seus efeitos em direção ao mundo do real, de forma a induzir condutas. Nada resolverá, contudo, se meramente expedir regras restritivas. A simples edição de normas que impeçam a despedida em geral, não irá ser o caminho da solução justamente porque a lei não altera a realidade. Não pode revogar o mercado. A tentativa de proteção total é um caminho de solução tão simplista e ineficaz como a alternativa, proposta em vários setores, de desmontar a proteção existente<sup>250</sup>.

Estes argumentos não podem nos conduzir a aceitar a inexistência de alternativas. Estas existem e são maiores do que imaginamos. É certo, porém, que o

---

<sup>250</sup> SADY, João José. Limitações constitucionais ao poder de despedir. In: OLIVEIRA, Antonio Carlos de, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Estudos de Direito*. São Paulo: LTr, 1998. p. 230.

combate ao desemprego não pode ser feito apenas por meio de expedição de normas que proíbam a despedida. Há necessidade de uma intervenção maior do Estado na economia, sobretudo no estímulo da geração de novos empregos. O papel do Direito está em estabelecer indicações quanto aos objetivos a serem perseguidos pela sociedade e que induzam o mercado a ir nessa direção.

Resta evidente que a legislação não tem o condão e nem a capacidade de gerar empregos, mas parece haver consenso que leis adequadas podem evitar o agravamento do desemprego e também ajudar a reduzir a informalidade, além de serem referenciais de um padrão ético para a sociedade, ao reconhecer que o trabalho está ligado à própria dignidade do ser humano.

O direito potestativo de despedir do empregador, quanto inexistente uma motivação, constitui um ato anti-social e deve ser limitado. Esta foi a concepção do constituinte ao inscrever a proteção da relação de emprego no texto da Carta Magna, sendo a opção que se compatibiliza com o nosso ordenamento jurídico, posto que voltada a um interesse social mais relevante.

A criação apenas de indenizações ou de compensações pelo tempo de serviço, em caso de dispensa, confrontando-se com aspectos de nossa evolução histórica, econômica, social e jurídica, deixa evidente que não solucionará o problema. Além disso, há que se levar em consideração o porte da empresa, ante os reflexos diversos que ocorrem numa pequena empresa ou num grande conglomerado.

A indenização compensatória a que alude a Constituição deve ser proporcionar um freio efetivo ao exercício do direito de despedir do empregador, procurando minorar os danos causados ao empregado. A legislação a ser editada deve levar em consideração a situação pessoal do dispensado, tendo em vista a maior ou menor

possibilidade de obter novo emprego e mesmo salário. O aviso prévio deveria ser maior para quem tivesse mais tempo de serviço, com um sistema progressivo para o cálculo, começando em 30 dias, como assegura a Constituição.

A solução dos problemas do desemprego e da informalidade depende de todo um conjunto de medidas de caráter econômico, educacional e institucional. O sistema atual possui uma lógica perversa, comprovada pelos dados estatísticos, ao permitir que os índices de informalidade, com a conseqüente exclusão da Seguridade Social e do FGTS, sejam tão altos. Algo precisa ser feito para mudar este cenário<sup>251</sup>. Há necessidade de modificações no sistema normativo, sem que isto implique em desregulamentação, como é o desejo do capital moderno. Há que serem garantidos direitos mínimos.

Cesarino Júnior aponta como alternativa para a manutenção da relação de emprego a adoção da 'teoria alemã da nulidade da despedida arbitrária', ou seja, a despedida somente seria permitida por necessidade justa da empresa ou por ato faltoso do empregado<sup>252</sup>.

O momento econômico apresentado pela globalização tem procurado avançar contra o reconhecimento e manutenção de direitos e garantias fundamentais, sob o argumento de que tais direitos podem constituir-se num entrave para a concorrência internacional. Assim, apregoam muitos autores que a desregulamentação dos direitos é necessária, sob pena do caos econômico ocorrer.

---

<sup>251</sup> MOURA, Enilson Simões de. *Uma nova legislação trabalhista*. Texto S/D. O autor, presidente nacional da Social Democracia Sindical (SDS) defende um sistema bipolar de relações do trabalho, com a solução dos conflitos através da negociação e a adoção de reformas profundas na legislação trabalhista, mesmo que contrariem valores arraigados à atual concepção de proteção. Acredita que "o Brasil precisa de uma reforma que mude a lógica do sistema atual, mesmo porque nele os empregadores têm pouco espaço para trabalhar de forma criativa na construção de um mundo justo e viável em face do dinamismo requerido pelas sociedades atuais". O Estado não deve intervir em assuntos sindicais, propondo a institucionalização de conselhos de relações de trabalho geridos por pessoas de inquestionável competência, indicadas pelas partes e nomeadas pelo governo, que funcionariam como órgãos independentes, mas cujas decisões teriam força de lei.

<sup>252</sup> CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social*. p. 290.



Felizmente, esta posição ainda não é uníssona, havendo quem continue a defender a manutenção de um sistema de garantias que possa transformar o sistema jurídico em um sistema de emancipação do ser humano.

É nesse momento de crise que se precisa verificar a que interesses se irá atender, os da maioria, ou os interesses particulares de uma casta dominante, em detrimento da maior parte da sociedade. A cidadania precisa deixar de ser reconhecida apenas no papel e tornar-se realidade.

Konrad Hesse parece mostrar a saída perfeita para a solução dos problemas jurídicos relativos a questão dos direitos fundamentais. Apenas se necessita colocar em prática a vontade de Constituição, ou seja, precisa-se valorizar e buscar realizar os princípios enunciados nela, facilitando a realização de sua força normativa<sup>253</sup>. Não buscar a realização dos direitos fundamentais inscritos na Constituição é trabalhar para transformá-la num simples 'pedaço de papel'.

---

<sup>253</sup> Ensina ainda Konrad Hesse que, quando dois princípios se colocarem em aparente linha de colisão não podemos sacrificar um princípio em função do outro, como base no princípio da concordância prática: "Em estreita correlação está o princípio da prática concordância: os bens constitucionalmente protegidos devem ser ordenados uns perante os outros de tal forma que cada um deles ganhe concretude. Se há oposição (colisão), não se pode, em precipitadas compensações de interesse ou de valores, sacrificar um em função do outro. Superiormente se coloca o princípio da unidade da constituição: deve dar-se individualidade a cada um a fim de que ambos obtenham a melhor realização possível." HESSE, Konrad. apud SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: Editora RTM, 1996, p. 43-4.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relação de trabalho sob a forma de emprego constituiu-se num fato que os juristas tiveram dificuldades para classificar. Inicialmente buscaram enquadrá-la nos institutos de Direito Civil, equiparando-a ao arrendamento, compra e venda, sociedade e mandato. Estes argumentos não perduraram, vindo o trabalho sob a forma de emprego a ser classificado como um contrato diferente daqueles. Reconhecia-se a autonomia do Direito do Trabalho.

A legislação trabalhista deixa pouca margem para negociação pelas partes, uma vez que busca resguardar os interesses do empregado, considerado hipossuficiente perante o empregador. Suas normas são imperativas e visam assegurar a igualdade jurídica entre partes econômicas e socialmente desiguais. Este intervencionismo estatal, porém, não retira a natureza jurídica contratual da relação de emprego, uma vez as partes possuem a liberdade de contratar, ainda que tal liberdade seja restringida pela lei.

Para que haja relação de emprego há necessidade de, no mínimo, dois sujeitos de direito, o empregado e o empregador, que serão titulares de direitos e obrigações nesta relação jurídica.

A relação de emprego, também denominada de contrato de trabalho, tem características peculiares, e somente se configura se estiverem presentes todos os seus elementos essenciais, a saber: pessoalidade, não-eventualidade, remuneração e dependência (subordinação jurídica). Em determinados casos, se pode constatar a existência de relação de emprego somente com a verificação da presença de elementos

acidentais, a saber: exclusividade, não participação nos riscos da atividade econômica, alteridade e continuidade.

Empregador poderá ser tanto pessoa física ou jurídica, que venha a utilizar-se dos serviços de outrem, em virtude de contrato de trabalho.

A relação de emprego pode ser firmada com prazo certo para findar ou por prazo indeterminado. Quanto esta é por prazo indeterminado pode ser extinguida (como contrato que é) por iniciativa do empregado (pedido de demissão) ou do empregador (despedida ou dispensa).

A admissibilidade do direito de despedida pelo empregador é fundamentada, principalmente, em três aspectos: 1) a relação de emprego constitui-se num pacto de prestações sucessivas, não havendo sentido em que as partes fiquem vinculadas eternamente, sem considerar as mudanças no meio sócio-econômico; 2) a relação de emprego tem caráter personalíssimo, o que implica a necessidade de haver a confiança do empregador no empregado. Quebrada a fidúcia, se torna inviável a continuidade do liame existente; 3) sendo o empregador o proprietário do negócio, cabe a ele verificar se há necessidade econômica para a dispensa.

O contrato de trabalho ainda assegura ao empregador o poder diretivo (a possibilidade de dispor sobre a organização e coordenação geral do trabalho) e o poder disciplinar (possibilidade de imposição de sanções disciplinares ao empregado).

A despedida corresponde a um ato pelo qual o empregador, de forma unilateral, dá por finda a relação de emprego existente. Esta decorre de vontade sua, com o objetivo de atender interesse exclusivamente seu. Não há necessidade de manifestação da parte afetada pelo respectivo ato. Constitui-se, pois, num direito potestativo do empregador.

A despedida pode ocorrer com ou sem a existência de um motivo justificador. Não havendo motivo previsto em lei, a dispensa será sem justa causa. A razão que a fundamenta é de ordem subjetiva. Se não houver um fundamento de razão objetiva, a dispensa será considerada arbitrária.

A despedida constitui-se num ato jurídico praticado pelo empregador, que exige para sua validade: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, bem como a inexistência de vício. Embora todo ato seja motivado, ainda que a razão seja de ordem subjetiva, o Direito Brasileiro, infelizmente, não adotou a teoria da causa, inexistindo obrigação de exteriorização da causa da despedida, salvo quando constituir justa causa, definida como tal em lei. Não há necessidade de apresentação de uma causa justificadora socialmente aceitável para a validade da dispensa, conforme preconiza a Convenção 158 da OIT.

O Direito do Trabalho procurou proteger a relação de emprego contra a despedida. Foi por este motivo que o legislador previu medidas de controle legal, visando compensar a hipossuficiência do empregado frente ao poder diretivo do empregador. Estas medidas podem ser divididas em duas categorias: as inibitórias e as restritivas.

As medidas inibitórias visam onerar economicamente o empregador, objetivando dissuadi-lo de praticar a dispensa sem justa causa. Por não impedirem a dispensa, mas apenas limitá-la, dificultando-a em virtude dos valores indenizatórios a serem pagos, estas medidas também são denominadas de sistema de estabilidade imprópria.

As medidas restritivas estão relacionadas com as diversas modalidades de estabilidade e garantia no emprego e proíbem a dispensa do empregado ante a inexistência de justo motivo, legalmente reconhecido. Constituem o denominado sistema de

estabilidade própria. Tais medidas restringem juridicamente o exercício do direito de despedir do empregador, vedando sua prática quando presentes determinados pressupostos.

Os sistemas de estabilidade imprópria (medidas inibitórias) e estabilidade própria (medidas restritivas) constituem-se numa restrição social e jurídica do direito potestativo do empregador em resilir unilateralmente o contrato de trabalho.

A continuidade da relação de emprego é conveniente tanto para o empregador como para o empregado. Para o empregado constitui uma necessidade, posto ser o trabalho fonte de sua subsistência. Para o empregador, porque lhe traz a tranquilidade de poder contar com a força de trabalho do empregado, canalizando-a para os fins do empreendimento.

Tudo deve ser feito para manter a relação de emprego, só devendo esta ser terminada quando for inviável a permanência do empregado na empresa ou quando a gravidade dos fatos não permitir seu saneamento. Por isto, a importância de se limitar a faculdade do empregador de despedir sem justo motivo.

A estabilidade plena no emprego constitui a forma mais adequada para a proteção da relação de emprego contra a dispensa sem justa causa, posto que o empregador fica impossibilitado juridicamente de dispensar o empregado. Se exige que haja um justo motivo, previsto na legislação como justificador da dispensa. Até a Constituição de 1988 era possível adquirir-se o direito à estabilidade após 10 anos de serviço efetivo (estabilidade decenal) para o mesmo empregador. Com a Carta de 1988, o sistema do FGTS passou a ser o regime único dos empregados, sepultando-se o sistema de estabilidade decenal. Restaram as seguintes hipóteses de garantia no emprego (estabilidades provisórias): estabilidade pela via negocial; mandatário sindical; representante de CIPA; empregada gestante; empregado eleito diretor de cooperativa;

empregado acidentado; representante dos trabalhadores perante o Conselho Curador do FGTS; representante dos trabalhadores nos Conselhos da Previdência Social; empregado reabilitado e empregado deficiente habilitado; Juiz Classista representante dos empregados; Representante dos trabalhadores na empresa; Empregados investidos em colegiados públicos; Aprendiz; Serviço militar ou outro encargo público; Garantia de emprego pré-aposentadoria; Membro de comissão de conciliação prévia.

Nossa legislação assegura ao empregado dispensado o pagamento de determinados direitos, devendo ser verificado se a contratação foi por prazo determinado ou indeterminado. São previstos os pagamentos dos seguintes direitos ao empregado dispensado sem justa causa: 1) aviso prévio; 2) indenização por antigüidade; 3) 13º salário; 4) férias; 5) remuneração do mês; 6) indenização adicional; 7) indenização compensatória (40% do FGTS). Para os empregados com mais de um ano de serviço, a CLT exige que o pagamento dos direitos rescisórios seja assistido por uma das autoridades elencadas. Em caso de atraso no pagamento dos direitos rescisórios, o empregador deverá pagar ao empregado uma multa equivalente a um mês de salário.

A legislação ainda assegura ao empregado dispensado sem justa causa, que preencha os requisitos legais, a percepção do benefício do seguro desemprego, por um período de três a cinco meses.

O trabalho representa para o empregado sua única fonte de subsistência e desta forma, constitui um pressuposto elementar para uma existência digna, com liberdade e igualdade para todas as pessoas. Constitui-se, portanto, num direito fundamental do ser humano. Este fato é reconhecido pela Constituição Federal, que prevê a proteção da relação de empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inc. I).

O dispositivo do artigo 7º, inciso I, enuncia um direito dos trabalhadores e não um plano de ação para os governantes. Há o reconhecimento imediato do direito à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, ainda que o exercício efetivo possa ficar vinculado à edição de lei complementar. O art. 5º, § 1º da Constituição garante a sua aplicabilidade imediata e impõe aos operadores do direito a tarefa de buscar a maximização deste direito fundamental. Não se trata, pois, de norma programática.

O princípio de proteção da relação de emprego tem validade tanto para Kelsen (pois existe e está em vigência), bem como para Bobbio (pois faz parte de nosso ordenamento jurídico) e, da mesma forma para Ferrajoli (posto tratar-se de norma constitucional que não está em contradição com outros princípios constitucionais). Sob o ponto de vista jurídico, portanto, tem vigência e validade.

A eficácia jurídica de uma norma está ligada a sua aplicabilidade, como possibilidade de aplicação jurídica. Até o momento, a eficácia jurídica da proteção do art. 7º, inc. I, restou restrita ao aumento da indenização compensatória do FGTS, à enunciação das garantias no emprego à gestante e ao cipeiro e aos demais casos de garantia no emprego (estabilidades provisórias) previstos em nossa legislação. Trata-se, portanto, de uma norma condicionada, cuja eficácia está contida, dependendo de fixação de limites pelo legislador para aplicação integral. Cabe ressaltar, porém, que nada impede sua aplicabilidade imediata, uma vez que os conceitos de despedida arbitrária ou sem justa causa já estão definidos na legislação ordinária. A concretização deste direito pela sociedade, colocando-se em prática lhe dará a eficácia social ou efetividade que se espera.

Uma norma é efetiva quando é de fato observada pelos seus destinatários e pelos órgãos responsáveis pela sua aplicação. A realidade fática tem mostrado que a regra

é a terminação da relação de emprego sem a apresentação de uma justificação, de uma causa, ante a aceitação de que não há necessidade de motivação objetiva do ato de dispensa. Para a efetividade deste direito há necessidade de se modificar a interpretação desta norma trabalhista, adotando-se o princípio do progresso social, previsto no caput do art. 7º da Constituição.

Os remédios constitucionais têm-se mostrado ineficazes para a regulamentação deste direito fundamental, tendo nossos tribunais resistido em desempenhar sua função de supridores das lacunas não atendidas pelo legislador ordinário, apegando-se a argumentos de ordem formal ou material, sem atentar para a importância da efetivação dos princípios constitucionais.

A proteção da relação de emprego deve ser vista como um fato importante, a ser defendida pela sociedade, reconhecendo-se a sua relevância para a manutenção da paz social, sobretudo, no momento pelo qual se passa, haja visto os altos índices de desemprego. Trata-se de norma imbuída do maior espírito de justiça, coerente com o conjunto de valores políticos reconhecidos na Carta Magna.

A regulamentação provisória constante no artigo 10, I, do ADCT retira totalmente a eficácia da norma constitucional de proteção da relação de emprego, uma vez que o que reconhece contraria as finalidades do direito fundamental, ou seja, privilegia a possibilidade da terminação da relação de emprego, desde que paga a indenização devida, ao invés de optar pela continuidade da relação de emprego. Além disso, restringe a aplicação da norma a certos casos, quanto a proteção prevista no art. 7º, I, é para todos os trabalhadores.

Esta postura retrata uma visão monetarista do Direito Trabalhista Brasileiro, sem atentar para outros valores que estão vinculados ao trabalho, como o fato de sentir-se



útil numa sociedade. O trabalho tem sido considerado mero fator de produção, cuja oferta é abundante e escassa a procura.

A Constituição Brasileira reconhece como direitos sociais o direito ao trabalho e o direito à proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, além de outros que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores. Também reconhece o valor da livre iniciativa (capital). A realidade fática, contudo, tem mostrado que apenas a livre iniciativa está tendo oportunidades, ficando estes direitos sociais no mundo do 'dever-ser'. A despedida continua sendo vista como um direito potestativo do empregador, esquecendo-se que em determinadas circunstâncias a despedida pode equivaler a uma pena capital para o empregado, enquanto que para o empregador representará apenas uma perda parcial da força de trabalho.

A despedida afeta a vida do trabalhador, produzindo efeitos econômicos, morais, psicológicos e jurídicos. Há necessidade de mudança na visão do trabalho. Este deve ser visto como um direito do ser humano, com um valor social. O trabalho é uma função social. O não reconhecimento da necessidade de proteção maior à relação de emprego conduz à aceitação de um sistema legal em que o sofrimento causado pelo desemprego é minimizado, criando-se uma condescendência absurda, onde a exclusão social pode ser considerada boa e justa, ou pior ainda, aceitável pela maioria que permanece incluída. É a aceitação do processo denominado por Christophe Dejours de 'banalização do mal'.

A proteção da relação de emprego pode ser efetivada na perspectiva do garantismo jurídico. Para tanto, há que se buscar uma coerente interpretação das normas constitucionais, harmonizando princípios, reconhecendo o capital e o trabalho como

fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, de forma a se buscar a efetividade da vontade de Constituição preconizada por Konrad Hesse.

Deve-se transformar o sistema jurídico em um sistema de emancipação do ser humano ao invés de um sistema de exclusão.

Não se pode, contudo, acreditar, simploriamente, que, apenas com uma garantia jurídica, o problema será resolvido. Pode-se incorrer no equívoco de se editar uma norma desvinculada da realidade e se ver esta norma ser suplantada pelos fatores reais de poder. A eficácia social da proteção da relação de emprego só poderá ocorrer com a transformação da própria sociedade, com o reconhecimento do valor social do trabalho e de sua importância para o próprio desenvolvimento harmonioso dessa sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, José. Aspectos polêmicos da Teoria do Negócio Jurídico. In: OLIVEIRA, Antônio Carlos de, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.) *Estudos de Direito*. São Paulo: LTr, 1998.

ALMEIDA, Ísis de. Novos rumos para a proteção contra a despedida arbitrária. In: OLIVEIRA, Antonio Carlos de, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Estudos de Direito*. São Paulo: LTr, 1998.

BARRETO, Amaro apud LOBO, Eugênio Roberto Haddock. A conceituação do profissional liberal ao correr dos tempos – profissional autônomo versus profissional empregado. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, a. II, n. 2. p. 31. 1994.

BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, v. I, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, RODRIGUES NETO, Silvia Marina L. Batalha de. *Rescisão Contratual trabalhista e a trilogia do desemprego*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no Direito do Trabalho*. 2. ed. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. reimp. São Paulo: Polis; Brasília: Editora UnB, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOTIJA, Eugênio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1960.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego*. Bahia: Edições Trabalhistas, 1962.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. rev. e atual. reelab. São Paulo: LTr, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- \_\_\_\_\_. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERRARI, Irany. Fundamentos e Exercício do Poder Disciplinar do Empregador. In: PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIREDO, Antônio. Despedida. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997.
- FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 1997.
- GÉNÉREUX, Jacques. *O horror político: o horror não é econômico*. Tradução Eloá Jacobina. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GONÇALVES, Emílio. O Contrato de Trabalho e o Poder Disciplinar do Empregador. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, a. II, n. 2, 1994.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HUMMES, Cláudio. O direito ao trabalho. *Folha de São Paulo*. 24/02/1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Roque Depalma, v. I, 1955.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1997.

LUGO, Osvaldino Rojas. Despedida arbitrária ante a garantia de emprego. In: RODRIGUES, Aluísio (Coord.) *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

MAGANO, Octávio Bueno. *Política do Trabalho*. São Paulo: LTr, v. III, 1997.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1993.

MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2. ed. fac similada. São Paulo: LTr, 1991.

MORAES FILHO, Evaristo de, MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1995.

MORAES FILHO, Evaristo de. Trabalho a domicílio e Contrato de Trabalho: formação histórica e natureza jurídica. Rio de Janeiro: Ed. Revista do Trabalho, 1943.

MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. A Convenção 158 da OIT: A Despedida Arbitrária e Sem Justa Causa. In: MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MORAIS, José Murilo de. Poder hierárquico do empregador: poder disciplinar. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, v. I, 1997.

MOURA, Enilson Simões de. *Uma nova legislação trabalhista*. Texto S/D

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 5. tir. São Paulo: LTr, 1997.

RAMOS, Alexandre. Garantismo jurídico e o princípio de proteção no Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, n. 05, v. 64, mai. 2000.

RAMOS, Alexandre, MIQUELUZZI, Oswaldo. *Procedimento Sumaríssimo e Comissão de Conciliação Prévia*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo Economia Estado Democrático*. São Paulo: LTr, 1993.

\_\_\_\_\_. Proteção Contra a Despedida Arbitrária. In: *Trabalho & Processo*. São Paulo: Saraiva, jun. 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito do Trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1990.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1997.

SADY, João José. Limitações constitucionais ao poder de despedir. In: OLIVEIRA, Antonio Carlos de, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Estudos de Direito*. São Paulo: LTr, 1998

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Antonio Alvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

\_\_\_\_\_. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: Editora RTM, 1996.

SILVA, Carlos Alberto Barata. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, v.1, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, n. 01, v. 61, jan. 1997.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 13. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.